

مراعات اختلاف اجتهادی در فقه اسلامی



تألیف:
دکتر سالم افسری

بسم الله الرحمن الرحيم

مراعات اختلاف اجتهادی در فقه اسلامی

تالیف: دکتر سالم افسری

استادیار دانشگاه کردستان



انتشارات دانشگاه کردستان

سرشناسه: افسری، سالم، ۱۳۵۲
 عنوان و نام پدیدآور: مراعات الاختلاف اجتهادی در فقه اسلامی / سالم افسری
 مشخصات نشر: سنندج - دانشگاه کردستان - ۱۳۸۸
 مشخصات ظاهری: ۳۳۱ ص / شایک: ۱۷-۲-۲۷۹۷-۹۶۴-۹۷۸
 وضعیت فهرست نویسی: فیفا / یادداشت: کتابنامه: صفحه ۳۳۱ - ۳۱۱
 موضوع: فقه تطبیقی
 موضوع: اصول فقه اهل سنت
 رده بندی کنگره: BP ۱۶۷/۹ / الف ۴م ۱۳۸۸ / رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۲۴
 شماره کتابشناسی ملی: ۲۷۹۸۹۷۱

شناسنامه کتاب:

نام کتاب : مراعات اختلاف اجتهادی در فقه اسلامی
 مؤلف : دکتر سالم افسری
 ناشر : انتشارات دانشگاه کردستان - با همکاری انتشارات آراس
 نوبت چاپ : اول، تابستان ۱۳۸۹
 تیراژ : ۱۵۰۰ نسخه
 شابک : ۹۷۸-۹۶۴-۲۷۹۷-۱۷-۲
 قیمت: : ۴۵۰۰ تومان

مرکز پخش: سنندج - پاساژ عزتی - مرکز پخش کتاب امام غزالی

تلفن: ۲۲۵۶۱۰۰ - ۰۸۷۱

فهرست مطالب

۱.....	مقدمه.....
۱۲.....	فصل اول: مفهوم، انواع و تاریخچه اختلاف فقهی.....
۱۳.....	پیشگفتار.....
۱۴.....	مفهوم خلاف:.....
۱۵.....	تفاوت خلاف با اختلاف:.....
۱۶.....	مفهوم علم خلاف:.....
۱۸.....	مفهوم جدل:.....
۱۹.....	اهمیت علم خلاف:.....
۲۱.....	حقیقت اختلاف:.....
۳۰.....	مبحث اول: مفهوم خلاف اجتهادی.....
۳۲.....	مبحث دوم: انواع خلاف.....
۳۲.....	گفتار اول: انواع خلاف به اعتبار انگیزه.....
۳۲.....	بند اول: خلاف ناشی از هوای نفس.....
۳۶.....	بند دوم: خلاف ناشی از حق.....
۳۶.....	بند سوم: خلاف مردّد میان مدح و ذم.....
۳۷.....	گفتار دوم: انواع خلاف به اعتبار واقعیت.....
۳۷.....	بند اول: خلاف تنوع.....
۴۰.....	بند دوم: اختلاف تضاد.....
۴۴.....	مطلب اول: اختلاف مقبول.....
۵۳.....	مطلب دوم: خلاف مردود و مذموم.....
۶۰.....	مبحث سوم: سوابق تاریخی خلاف.....

گفتار اول: خلاف در عصر نبوت.....	۶۳
گفتار دوم: خلاف در عصر صحابه.....	۷۱
گفتار سوم: خلاف در دوران تابعین.....	۸۵
گفتار چهارم: خلاف در دوران پیشوایان مذاهب.....	۹۶
فصل دوم: مراعات اختلاف اجتهادی در فقه اسلامی.....	۱۰۷
پیشگفتار.....	۱۰۸
مبحث اول: مفهوم و موضوع مراعات خلاف.....	۱۰۸
گفتار اول: مفهوم مراعات خلاف.....	۱۰۹
گفتار دوم: موضوع مراعات خلاف.....	۱۲۱
گفتار سوم: موارد خارج از موضوع مراعات خلاف.....	۱۲۴
بند اول: عقاید.....	۱۲۵
بند دوم: ضروریات دینی.....	۱۲۵
بند سوم: مسائل ملحق به ضروریات دینی.....	۱۲۶
بند چهارم: موارد مستند به حس.....	۱۲۶
بند پنجم: اختلاف تنوع.....	۱۲۷
گفتار چهارم: تفاوت مراعات خلاف با ترجیح و جمع میان أدله.....	۱۲۸
مبحث دوم: مشروعیت مراعات خلاف.....	۱۳۶
گفتار اول: دیدگاه قائلان به مراعات خلاف.....	۱۳۶
بند اول: دلایل نقلی.....	۱۴۱
بند دوم: دلایل عقلی و اصولی مراعات خلاف.....	۱۵۰
مطلب اول: نفی اختلاف.....	۱۵۰
مطلب دوم: ترتیب اثر دادن بر دلیل مرجوح.....	۱۵۱
مطلب سوم: احتیاط و تیسیر و تساهل.....	۱۵۲
مطلب چهارم: تعارض أدله.....	۱۶۱
مطلب پنجم: مقاصد شریعت.....	۱۶۵
مطلب ششم: استحسان.....	۱۶۵
مطلب هفتم: مصلحت.....	۱۶۸
مطلب هشتم: نظریه تصویب.....	۱۷۴

- مطلب نهم: براءت ذمه بطور یقینی..... ۱۷۷
- گفتار دوم: قائلان به عدم صحت مراعات خلاف ودلائل آنان..... ۱۷۸
- بند اول: دیدگاه مذهب ظاهریه درباره مراعات خلاف..... ۱۸۱
- بند دوم: نقد وبررسی اشکالات مخالفان مراعات خلاف..... ۱۸۲
- مطلب اول: اجرا نشدن مراعات در تمام مسائل خلاف..... ۱۸۲
- مطلب دوم: روشن نبودن دلیل شرعی مراعات..... ۱۸۵
- مطلب سوم: برخلاف قواعد شرعی بودن مراعات خلاف..... ۱۸۶
- مطلب چهارم: امتناع تصور ورع در مراعات خلاف..... ۱۹۰
- مطلب پنجم: منجر شدن مراعات خلاف به مشقت..... ۱۹۶
- مطلب ششم: ثابت نشدن ورع مذکور در میان سلف..... ۲۰۱
- مطلب هفتم: ثابت نشدن آن بوسیله سنت..... ۲۰۲
- مطلب هشتم: عدم امکان مراعات خلاف از حیث نیت..... ۲۰۳
- مبحث سوم: ارکان مراعات خلاف..... ۲۰۵
- گفتار اول: رکن اول: قول منقول عنه..... ۲۰۶
- گفتار دوم: رکن دوم: قول منقول الیه..... ۲۱۳
- گفتار سوم: رکن سوم: مجوز شرعی..... ۲۱۶
- مبحث چهارم: شروط مراعات خلاف..... ۲۱۹
- گفتار اول: قوت دلیل..... ۲۱۹
- گفتار دوم: منجر نشدن به محذور شرعی..... ۲۲۲
- بند اول: عدم مخالفت با قرآن..... ۲۲۳
- بند دوم: عدم مخالفت با سنت..... ۲۲۳
- بند سوم: عدم مخالفت با اجماع..... ۲۲۵
- بند چهارم: عدم مخالفت با قیاس جلی..... ۲۲۶
- بند پنجم: عدم مخالفت با قواعد کلی شرع..... ۲۲۶
- بند ششم: عدم منع عبادت..... ۲۲۶
- گفتار سوم: منجر نشدن به خلافی دیگر..... ۲۲۷
- گفتار چهارم: منجر نشدن به خرق اجماع ضمنی..... ۲۳۰
- گفتار پنجم: منجر نشدن به ترک کلی مذهب..... ۲۳۲

۲۳۴.....	مبحث پنجم: مراتب خلاف در قاعده مراعات خلاف
۲۳۴.....	گفتار اول: خلاف معتبر
۲۳۷.....	گفتار دوم: خلاف شاذ و ضعیف
۲۴۶.....	گفتار سوم: خلاف محل اختلاف
۲۵۱.....	مبحث ششم: حالات مراعات خلاف
۲۵۲.....	گفتار اول: حالات مراعات خلاف به اعتبار قبل یا پس از وقوع فعل
۲۶۰.....	گفتار دوم: حالات مراعات خلاف به اعتبار قبل یا پس از حکم حاکم
۲۶۳.....	گفتار سوم: مراعات خلاف به اعتبار تعذر
۲۶۴.....	مبحث هفتم: حکم مراعات خلاف
۲۶۷.....	گفتار اول: استحباب مراعات خلاف و وجه فقهی آن
۲۶۸.....	گفتار دوم: نوع استحباب مراعات خلاف
۲۷۰.....	مبحث هشتم: اعتبار خلاف و تعلیل احکام بوسیله آن
۲۷۰.....	گفتار اول: اعتبار حکم اجتهادی
۲۷۲.....	گفتار دوم: اعتبار خلاف
۲۷۶.....	گفتار سوم: تعلیل احکام بوسیله خلاف
۲۷۸.....	گفتار چهارم: رفع خلاف بوسیله تقلید
۲۷۹.....	بند اول: حکم تقلید
۲۸۲.....	بند دوم: مقصود از رفع خلاف بوسیله تقلید
۲۸۵.....	نتیجه گیری:
۳۰۶.....	فهرست منابع

مقدمه:

قضیه خلاف فقهی از آغاز پیدایش فقه و شکل گیری مذاهب فقهی، مورد اهتمام و توجه عالمان و فقیهان بوده است و بزرگان علم و معرفت پیوسته بدان توجه داشته‌اند. محرک اصلی آنان در این مساله، تحقیق و جستجوی حق و تصحیح تبعیت و پیروی بوده است. آنان در طلب مراد شارع حکیم نهایت جهد و طاقت خود را بکار گرفته و طلب حق را وجهه همت خویش قرار داده‌اند. چونکه از نظر علم اصول برای آنان- جمهور- مشخص شد که حق واحد است حتی اگر آراء و اجتهادات متباین باشد و مصیب یکی است حتی اگر قاصدان و جویندگان متعدد باشند آنان در تعیین و تشخیص حق و در جهت احقاق آن و بمنظور انجام وظیفه خود در قبال علم، آسایش و راحت طلبی را به کناری نهادند و خلاصه همت و عزم و تلاش خود را در همین ثروت و ترکه محسوس فقهی بجا گذاشتند.

وقوع اختلاف فقهی امری گریز ناپذیر است زیرا فهم و ادراکات بشری به حکم طبیعت، متفاوت است و استعدادها هم به حکم فطرت و سرشت، مختلف و گوناگون است و از جهتی دیگر، وجود اسباب حتی در ذات ادله نیز موجب تعدد آراء و نتایج مختلف گردیده است. اما وجود اختلاف در احکام هیچگاه مانع فرمانبرداری و اطاعت و پیروی نکردن از حق نبوده است زیرا اصول و مبانی دریافت احکام از انحراف و کجروی بدور بوده است و حتی امور ظنی که دارای وجوه ظریف و دقیق هستند از لحاظ ابهام و پوشیدگی به گونه‌ای نیستند که بصیرت اندیشان از اصابت بدان عاجز بمانند و راه را به خطا روند.

افزون بر آن، حافظ و نگهدارنده دیگری نیز وجود دارد که پروسه اجتهاد و اختلاف فقهی را از انحراف و کجروی مصون داشته است که این نگهدارنده چیزی جز ادب خلاف نیست. رعایت ادب

خلاف ضامن استقامت و حسن عاقبت و مقتضی سلامت پیامد و نتیجه است. زیرا امر واجب و متعین در مورد اهل علم و نظر نسبت به مسائل اختلافی همان تحقیق حق و تمییز آن از باطل است و روشن است که اگر اهل نظر در قبال مسائل اختلافی راه انحراف و استبداد در پیش گیرند در طلب و دریافت حق به خطا خواهند رفت و به همین دلیل است که بزرگان امت در برخورد با مسائل خلاف راه ایمن و مطمئن در پیش گرفته و به رایزنی و مباحثات و مناظرات ستودنی اقدام نموده‌اند بگونه‌ای که آنان ادب نیک و نیت صادقانه را دلیل و وسیله‌ای در جهت اظهار حق و تبلیغ رای و نظر خود قرار داده‌اند.

یکی از آثار ستودنی فقها و مجتهدین که در ترسیم احکام فقهی اثر آشکاری داشته مراعات خلاف یا خروج از خلاف است که البته این معنی، تحقیق ویژه‌ای را می‌طلبد. براین اساس نگارنده این سطور قبل از ورود به مباحث تفصیلی خلاف فقهی و مراعات آن در مقام اجتهاد از باب مقدمه می‌کوشد تحقیق مجملی را در این باره ارائه کند.

در این مقدمه به ترتیب درباره موضوع تحقیق، اهمیت و ضرورت تحقیق، پیشینه تحقیق، اهداف تحقیق، روش و ساختار تحقیق سخن به میان خواهد آمد.

موضوع تحقیق:

خلاف عبارت از منازعه و مناقشه میان افراد متعارض و مخالف یکدیگر به منظور احقاق حق یا ابطال باطل است. اما خلاف فقهی عبارت از افتراق و اختلاف قولی یا عملی ناشی از دلیل است که آن در حقیقت نتیجه جستجوی قصد شارع توسط مجتهد است. منشأ خلاف، تعارض ظاهری ادله شرع و اختلاف انظار فقیهان است. مراعات خلاف هم عبارت از اعتبار دادن و ملاحظه کردن رای مخالف است اما این که در مقام اجتهاد توجه به آرای دیگر مجتهدان و نظر در دلیل آنان و صدور فتوا بر وفق فتوای دیگران یا نزدیک به نظر آنان لازم است یا خیر خود محل اختلاف است.

موضوع مراعات خلاف تمام اعمال و تصرفاتی است که حکمش از حیث محقق ساختن مقصود شارع محل اختلاف است و یا اینکه میان اولی و خلاف اولی مردّد است. منشأ این مراعات در حقیقت،

احتمال واقع شدن در نقیض مقصود شارع با انجام دادن آنچه که مطلقاً خلاف اولی است می باشد به دیگر سخن، ممکن است مجتهد در قبال حکم مظلونی که بدان اعتقاد دارد احتمال راجح بودن رای مجتهد دیگر در رابطه با آن حکم را بدهد و بنابراین از رای اجتهادی خود به گونه ای عدول کند که تمام احتمالات تکلیف را در بگیرد و در این حالت است که او یقین پیدا می کند که امتثال بر وفق حکم جدید، موجب مبرا شدن ذمه ورها شدن مکلف از عهده تکلیف می گردد.

اهمیت و ضرورت تحقیق:

مراعات خلاف بین مذاهب اسلامی از جمله موضوعات مهمی است که در ابعاد مختلف فرهنگی و اجتماعی و علمی- فقهی به بررسی و موشکافی آن نیاز مبرمی احساس می شود. روشن نبودن ماهیت و محدوده و دامنه مراعات خلاف نسبت به پیروان مذاهب مخالف اسلامی آنان را دچار سردرگمی و تناقض کرده است زیرا آنان از یک سو خود را ملزم به پیروی تام از اصول و مبانی فروع فقهی مذهب متبوع خویش می دانند و از سویی دیگر رعایت مراعات خلاف دیگر مذاهب اسلامی را از امور مهم و نیک در حوزه فقه و اصول اسلامی یافته اند. اما نه مفهوم و محدوده پایبندی به اصول و فروع مذاهب برای آنان روشن شده و نه جایگاه و آرای مذاهب اسلامی. آنان در هنگام برخورد با آراء و نظریات فقهی مذاهب مخالف ترس از گسسته شدن علقه های مذهبی شان دارند و در مراعات خلاف دیگران واهمه ی زیر پا گذاشتن آرای فقهی مذهب خود را. در این کشاکش است که تعصب ها با تشدید علقه های مذهبی، فرهنگ خشونت و نفی مخالف را در روح و جان پیروان مذاهب در جوامع اسلامی تثبیت می کند.

از دیگر سو، نپرداختن کافی به موضوع مراعات خلاف از سوی فقیهان و مجتهدان در کتاب های اصولی خود و عدم بررسی کامل آن از دیدگاه قران و سنت و سیره پیشوایان فقه و فقاها، بررسی فقهی و اصولی آن را به عنوان یک ضرورت حتمی مطرح می سازد. از بُعد علمی و فقهی نیز موضوعی که دارای اهمیت فرهنگی و اجتماعی است و شعاع های کاربردی گسترده ای دارد باید بیش از سایر موضوعات فقهی بحث و بررسی شود. این در حالی است که فقهای اسلامی یا اصلاً به این موضوع به

طور مستقل نپرداخته‌اند و یا سعی کرده‌اند آن را در لابلای مباحث ابواب مختلف فقهی و یا بطور اندک در کتاب‌های قواعد فقه مطرح سازند، در حالی که این موضوع در فقه اسلامی دارای هویت مستقلی است و مبانی خاص خود را دارد.

در هر صورت، پرداختن فقهی و اصولی به مسأله «مراعات خلاف در مقام اجتهاد» تنها از گذر مطالعه‌ای جامع الاطراف و همراه با دقت‌هایی عالمانه نسبت به موضوع انجام پذیر است. محورهای کلی چنین مطالعه‌ای عبارتند از:

۱- موضوع شناسی مراعات خلاف که شامل:

مفهوم شناسی مراعات خلاف و معانی مختلف لحاظ شده و یا قابل ملاحظه برای آن، آثار و بازتاب‌های مراعات خلاف در جامعه از نظر فرهنگی و اندیشه‌ای.

۲- حکم شناسی مراعات خلاف همراه با دو سؤال محوری زیر:

الف. در برابر صاحبان و طرفداران دیدگاه‌های مختلف فقهی چه موضعی می‌توان و یا باید برگزید؟ آیا حکم شرعی در این زمینه مراعات خلاف است؟ یا آن که مراعات خلاف صرفاً مربوط به حوزه تعامل در زمینه‌های عملی است و در زمینه برخورد با اندیشه و نظر مخالف وظیفه‌ای که فقه بر دوش می‌نهد چیزی غیر از مراعات خلاف است؟ این پرسش را می‌توان با دامنه‌ای بیشتر و در سطح مذاهب ارایه کرد به این صورت که براساس فقه هر مذهب، صاحبان و طرفداران دیدگاه‌های مختلف فقهی چه موضعی نسبت به یکدیگر باید برگزینند؟ آیا حکم فقهی در این زمینه مراعات خلاف می‌باشد.

ب. در صورت پذیرش مراعات خلاف به عنوان وظیفه‌ای فقهی، چه نسبتی میان ادله آن با ادله احکام دیگر از جمله التزام مجتهد به نتیجه اجتهاد خود، برقرار است؟ بدیهی است تحدید بیشتر قلمرو و تبیین دقیق‌تر ماهیت و حدود مراعات خلاف در گرو پاسخ به این پرسش کلیدی است.

بی گمان برای بررسی این موضوع حساس باید از تمام ظرفیت‌ها و قابلیت‌های عرصه استنباط در چهارچوبی منطقی بهره‌گیری شود؛ ظرفیت‌های نهفته در سیره صحابه و بزرگان سلف، ظرفیت‌های

نهفته در سنت و سیره عملی پیشوایان فقه و ققاهت، فرازهایی از سیره عملی پیشوایان فقه در تعامل با مذاهب مختلف در حوزه‌های گوناگون در صورت شناسایی عالمانه می‌توانند منبع قدرتمند برای استنباط در زمینه مراعات خلاف باشد.

سخن آخر درباره اهمیت مراعات خلاف این است که مراعات خلاف در حقیقت به معنای پذیرش مخالف و احترام نهادن به آراء و اندیشه‌های اجتهادی اوست و این همان چیزی است که جامعه اسلامی در عصر حاضر چه بسیار بدان نیازمند است.

پیشینه تحقیق:

به گراف سخن نگفته‌ایم اگر مدعی شویم سابقه مراعات خلاف به دوران اولیه تاریخ اسلام و دوران تشریع باز می‌گردد چنانچه مؤیداتی نیز در این باره در دست می‌باشد.

به طور مثال در منابع حدیثی آمده است آنگاه که عتبه بن ابی وقاص و عبد بن زمعه پیرامون فرزند زمعه اختلاف کردند پیامبر (ﷺ) فرمودند: «الولد للفراش وللعاهر الحجر». حضرت عایشه در شرح این ماجرا می‌گوید: عتبه بن ابی وقاص به برادرش؛ سعد بن ابی وقاص سپرده بود که فرزند کنیز زمعه از آن اوست و بر این اساس، هنگامی که «عام الفتح» فرارسید سعد آن فرزند را به نزد خود برد و ادعا کرد که او پسر برادرش است اما عبد بن زمعه از سویی دیگر ادعا کرد که آن فرزند، برادرش است و در فراش پدرش به دنیا آمده است. آن دو سرانجام شکایت را به نزد پیامبر (ﷺ) بردند. سعد گفت: ای رسول خدا این پسر، پسر برادرم است که او مسئولیت نگهداریش را به من سپرده است. عبد بن زمعه هم گفت: این پسر، برادرم و پسر کنیز پدرم است. پیامبر (ﷺ) پس از شنیدن سخنان هر دو فرمود: ای عبد بن زمعه! او از آن شماست، فرزند از آن فراش و سنگ از آن زناکار است.

پیامبر (ﷺ) سپس خطاب به سوده دختر زعمه گفت: خودت را از او بیوشان و حجابت را رعایت کن.^۱

پیامبر (ﷺ) در این حادثه، فرزند را به صاحب فراش که زعمه است ملحق ساخت و از جهتی دیگر به سوده دختر زعمه دستور داد تا خودش را در برابر آن پسر بیوشاند و حجابش را رعایت کند و آن هم بخاطر شباهت آن پسر بعتبه که پیامبر (ﷺ) این شباهت را ملاحظه کرده بود. پیامبر (ﷺ) در حقیقت در این مساله دو حکم مراعات کرده است: حکم فراش که براساس آن، فرزند را به صاحب فراش ملحق ساخت و حکم «شبه» که براساس آن به دختر زعمه صاحب فراش دستور داد تا خودش را در برابر آن پسر بیوشاند و بدین ترتیب حکمی میان دو حکم صادر کرد و فقط براساس فراش حکم صادر نکرد تا محرمیت میان آن فرزند و سوده ثابت گردد و نه مساله «شبه» را به طور مطلق رعایت کرد تا آن فرزند به عتبه ملحق شود و به همین دلیل است که گفته‌اند: این شیوه بهترین شیوه هاست زیرا فرع مردد میان دو اصل اگر به طور مطلق یا قطع به یکی از آندو اصل ملحق گردد در این صورت، نسبت و شباهت آن به اصل دیگر به طور کلی از بین می‌رود اما اگر فرع مذکور از یک وجهی به هر کدام از دو اصل ملحق شود آن بهتر از ملغی ساختن یکی از آندو اصل از تمام وجوه است و مراعات خلاف چیزی غیر از این نیست.

در عصر صحابه نیز عبدالله بن مسعود علیرغم مخالفت خود با حضرت عثمان درباره قصر نماز در «منی» هنگامی که او پشت سر حضرت عثمان نماز خواند نمازش را بطور کامل خواند و چونکه از او در این باره سوال شد او گفت: «خلاف شر است».^۲

۱- البخاری، صحیح البخاری، ج ۲، ص ۱۵۲؛ النووی، شرح صحیح مسلم، ج ۱۰، ص ۳۹؛ السیوطی، شرح سنن النسائی،

ج ۶، ص ۱۸۲

۲- الکانهلوی، حیاة الصحابه؛ ج ۲، ص ۴

در این ماجرا، عبدالله بن مسعود خلاف حضرت عثمان را معتبر دانسته و پشت سرش نماز را به طور کامل خوانده است با اینکه او معتقد بود در «منی» نماز با حالت قصر خوانده می‌شود.

بدین گونه موضوع رویارویی با خلاف فقهی و چگونگی مراعات یا خروج از آن در دوران صحابه و تابعین و پیشوایان فقه مطرح بوده و سیره مستمر آنان، خروج از خلاف دیگر مجتهدان به طور کلی یا کاستن از دایره خلاف تا حد امکان بوده است و شواهد فقهی و مواضع و مباحثات آنان که در اثنای این تحقیق ارائه شده گواه این مدعا است. شایسته یادآوری است که اصل مراعات خلاف بعنوان وسیله و راهکاری اصولی و فقهی به طور مستقل مورد بحث واقع نشده است و برخی از فقها به طور جسته و گریخته بدان پرداخته‌اند بعنوان مثال فقیهان شافعی در کتب قواعد فقهی از جمله سیوطی در «الاشباه والنظائر»، سبکی در «الاشباه والنظائر»، زرکشی در «المنتور فی القواعد»، ابن عبدالسلام در «قواعد الاحکام» فقط به ذکر شروط و موضوع مراعات خلاف بسنده کرده و متعرض تعریف و مستندات شرعی و دیگر مسائل مرتبط با آن نشده‌اند. در مذهب مالکی نیز عالمانی مانند شاطبی در «الموافقات» و «الاعتصام»، ونشریسی در «المعیار العرب»، ابن عرفه در کتاب «الحدود» و قرافی در «الفروق» و «الذخیره» به طرح مراعات خلاف پرداخته و بیش از هر مذهب دیگری به آن بها داده‌اند. در عصر حاضر هم یحیی سعیدی در کتاب «مراعاة الخلاف فی المذهب المالکی» به بررسی مراعات خلاف از نظر مذهب مالکی پرداخته و متعرض دیگر مذاهب نشده است و به همین دلیل می‌توان گفت که شاید برای نخستین بار در موضوع اصولی و فقهی مهمی همچون مراعات خلاف، آراء و دیدگاههای فقها و اصولیین مذاهب مختلف مطرح گردیده و به نثر فارسی نسبتاً روان نگارش و تالیف صورت گرفته باشد. از این رو این تحقیق می‌تواند مرجع قابل اعتمادی برای پژوهشگران واقع شده و آنها را از صرف وقت بسیار برای رجوع به دهها کتاب و منبع فقهی و اصولی که مفاهیم را در پیچیده‌ترین الفاظ عربی ارائه کرده‌اند، بی‌نیاز کند.

اهداف تحقیق:

این تحقیق می‌کوشد با بررسی دیدگاه مذاهب درباره مراعات خلاف و نقش آن در تقویت مبانی اجتهاد راهکاری علمی و شرعی در جهت محقق ساختن وحدت عملی و احترام نهادن به رای مخالف و استفاده از ظرفیت‌های نهفته در اجتهادات و آرای نظری مخالفان بمنظور تحقیق مصلحتی شرعی یا دفع مفسدت، در اختیار پژوهشگران و فقهایان و مجتهدان قرار دهد تا آنان توانایی تحمل و مراعات آراء و نظریات مخالفان را به طور آگاهانه داشته باشند.

از دیگر اهداف این تحقیق، کاستن از دایره اختلاف و شکاف میان مسلمانان و جلوگیری از تاثیر عوامل تفرقه افکن که مهم‌ترین آنها جهل و ناآشنایی علمای برخی از مذاهب نسبت به مبانی و اصول برخی دیگر است، امری که همواره مجال را برای نفوذ مغرضانه در جهت مشوه نمایاندن چهره دیگران گشوده نگه می‌دارد. هدف از این تحقیق بررسی مبانی عقلی و شرعی مراعات خلاف دیگر مجتهدان و نقش آن در تقویت مبانی اجتهاد و نقد و بررسی مبانی عقلی و شرعی مراعات خلاف است. اهداف مورد نظر تحقیق همه از مسائل مهمی می‌باشند که به صورت پراکنده در لابلای کتب اصولی و فقهی مطرح شده است و چون قاعده مراعات خلاف بر زبان اکثر فقها جاری شده است لذا ضرورت تحقیقی مستقل در این باره انکار ناپذیر است.

روش تحقیق:

در نوشتار حاضر برای روشن شدن موضوع و ماهیت بحث از جنبه اصولی و نظری از روش توصیفی- تحلیلی و ترجیح میان دلائل استفاده شده است و از جنبه عملی و فقهی پس از جمع‌آوری مسائل و فروع فقهی که براساس اصل مراعات خلاف تخریج شده‌اند به گزینش و انتخاب آن فروع فقهی که با موضوع و رویکرد تحقیق انسجام و هماهنگی بیشتری دارند و بتوانند اشکالات مطرح شده درباره مراعات خلاف را بر طرف سازند پرداخته شده است.

دیگر آنکه با بررسی فروع فقهی که براساس مراعات خلاف تخریج شده‌اند ماهیت مراعات خلاف از لحاظ ارکان یا شروط یا حالات، روشن می‌گردد زیرا مراعات کننده خلاف یا مجتهد است

یا مقلد که از رای خود به رای مجتهد دیگری عدول می‌کند و این عدول یا بخاطر احتیاط و یا بدلیل تیسیر و دفع حرج انجام می‌گیرد. بعنوان مثال مراعات خلاف مالکیت در مسح تمام سر از باب احتیاط است اما مراعات خلاف ابوحنیفه در مساله نکاح بدون ولی و مترتب ساختن برخی از آثار شرعی بر آن از باب تیسیر و رفع حرج است. و همین اصل احتیاط و تیسیر و رفع حرج بعنوان دو مجوز مراعات خلاف به اضافه رأیی که از آن عدول می‌شود و رأیی که بدان عدول و انتقال می‌گردد ارکان مراعات خلاف تشکیل می‌دهند.

افزون بر آن، با بررسی فروع فقهی مبتنی بر مراعات خلاف، شروط مراعات خلاف بدست می‌آید و این حقیقت روشن می‌گردد که فقها و مجتهدان هر خلافتی را مراعات نکرده‌اند بلکه خلافتی شایسته مراعات دانسته‌اند که از قوت دلیل برخوردار باشد و در زمره اجتهادیات بشمار آید.

این تحقیق گرچه به مذهب معینی اختصاص نیافته است اما به طور عمده آراء و نظریات فقیهان و مجتهدان شافعیه و مالکیه در آن مطرح شده است زیرا فقیهان و اصولیین این دو مذهب بیش از هر مذهب دیگری به بررسی مراعات خلاف پرداخته‌اند ولی با این حال اغلب آثار تالیفی و مضاف وجود بحث مراعات خلاف در کتب فقهی و اصولی مورد مطالعه و بررسی قرار گرفته و در هر یک از عناوین زیر مجموعه تحقیق به مقدار نیاز استشهاد به آراء و اقوال انجام گرفته است.

در این تحقیق صرفاً به گردآوری آراء و نظریات و ردیف کردن آنها اکتفا نشده، بلکه نگارنده کوشیده است به رغم صعوبت کار در بسیاری از موارد به ارزشیابی نظریات و گزینش رای و نظر اصح اقدام نماید به گونه‌ای که رای برگزیده در پاره‌ای موارد مطابق با یکی از آرای موجود در مساله بوده و در مواردی دیگر نظریه مستقل و متفاوتی بوده که پس از مقارنه آراء، در ذهن محقق و نگارنده این نوشتار تراویده است.

سخن آخر آنکه از بسط و اطناب مباحث و آوردن بحثهای فرسایشی و کم ثمر خودداری شده است. نگارنده این تحقیق کوشیده است هر موضوعی را در حد نیاز و با توجه به آثار و نتایج علمی و

عملی آن مورد توجه قرار داده و از ورود به نزاعهای تفصیلی کم اثر تا حد زیادی اجتناب ورزیده و حتی المقدور به قواعد ایجاز و اختصار ملتزم بماند.

ساختار تحقیق:

تحقیق حاضر از یک پیشگفتار و دو فصل و نتیجه تشکیل گردیده است. در پیشگفتار موضوعاتی مانند مفهوم فقه، خلاف، جدل، اهمیت علم خلاف و حقیقت اختلاف مورد بررسی واقع شده است. اما در فصل اول از آنجائی که برخی از اختلافات فقها و مجتهدین ضعیف و دارای مستندات شرعی مقبول نیستند و از این جهت در زمینه اختلاف اجتهادی غیر قابل طرح می باشند و برخی دیگر از آراء و نظریات اجتهادی، محکم و قوی می باشند مفهوم خلاف و انواع و تاریخچه آن، مورد بررسی قرار گرفته و بر همین اساس به سه مبحث کلی: ۱- مفهوم خلاف اجتهادی ۲- انواع خلاف ۳- سوابق تاریخی خلاف فقهی تقسیم گردیده است.

در فصل دوم که هدف اصلی این تحقیق است به بررسی مراعات خلاف در مقام اجتهاد پرداخته شده و به مباحث زیر تقسیم گردیده است: در مبحث اول: مفهوم و موضوع مراعات خلاف و در مبحث دوم: مشروعیت مراعات خلاف و دلائل قائلان به آن و عدم مشروعیت مراعات خلاف و دلائل آن و در مبحث سوم: ارکان مراعات خلاف و در مبحث چهارم: شروط مراعات خلاف و در مبحث پنجم: مراتب خلاف در قاعده مراعات خلاف و در مبحث ششم: حالات مراعات خلاف به اعتبار قبل یا پس از وقوع فعل و به اعتبار قبل یا پس از حکم حاکم و به اعتبار تعذر مراعات و در مبحث هفتم: حکم مراعات خلاف و در مبحث پایانی اعتبار حکم اجتهادی، خلاف و تعلیل احکام بوسیله آن و رفع خلاف بوسیله تقلید، مطرح و نقد و بررسی شده است و سرانجام تحقیق، نتیجه ای است که در برگیرنده نتایج و دستاوردها و فوائد و آثار مراعات خلاف است.

سخن آخر آنکه، به رغم مطالب گفته شده نگارنده به خوبی به ضعف اثر خود واقف بوده و به کاستیهای فراوان آن اقرار می کند. ولی امید آن دارد که این اثر نزد اصحاب علم و معرفت مقبول واقع

شده و سهم کوچکی را در تاریخ پژوهشهای فقهی و اصولی از آن خود کرده و راهگشای بحثها و تحقیقات تکمیلی دیگر واقع شود.

	<p>فصل اوّل:</p> <p>مفهوم، انواع و تاریخچه اختلاف فقهی</p>

پیشگفتار

کلمه فقه از ماده - فقه - تشکیل شده است و مقصود از آن: ادراک، شناخت و آگاهی یافتن از یک شیء است و بطور غالب در علوم شریعت و اصول دین استعمال می شود و آن هم به دلیل فضل و برتری که این علوم بر سایر دانشها دارد. فقه در اصل لغت به معنای فهم و تیزهوشی است.^۱ و هرگاه گفته شود: «أُوتِيَ فُلَانٌ فِقْهًا فِي الدِّينِ» مقصود این است که فهم و درک دین به او داده شده است و آیه شریفه (لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ) [توبه / ۱۲۲] به همین معناست یعنی تا در دین آگاه شوند و بدان شناخت پیدا کنند و دعای پیامبر (ﷺ) در مورد ابن عباس آنجا که می فرماید: «اللَّهُمَّ فَقِّهْهُ فِي الدِّينِ وَ عِلْمَهُ التَّأْوِيلَ»^۲ در همین معناست. قرآن کریم کلمه فقه را در معنای فهم دقیق استعمال کرده است. پروردگار متعال می فرماید: (وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَآفَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ) [توبه / ۱۲۲] با توجه به این آیه «تَفَقَّه» در دین به معنای فهم دقیق دین است چه، لازمه تبلیغ دین به اقوام و افراد شناخت دین بطور صحیح و دقیق است زیرا آنان واسطه میان علم دین و اقوامشان هستند و قوم و قبیله علم و دانش دینی خود را از آنان فرا می گیرند.

اما فقه در اصطلاح شرعی به معنای علم به احکام شرعی عملی و استنباط شده از دلایل تفصیلی است.^۳ در این تعریف با قید احکام از علم به ذوات مانند زید و علم به صفات مانند سیاهی زید و علم به افعال مانند قیام زید و با قید شرعی از امور و مسائل عقلی مانند حساب و هندسه و از مسائل

^۱ - مفلوف لويس، المنجد في اللغة، ص ۵۹۱، الفراهیدی، العين، ج ۳، ص ۳۷۰

^۲ - ابن حنبل، المسند، ج ۱ ص ۲۶۶؛ البخاری، صحیح بخاری، ج ۱ ص ۴۵؛ الهیثمی، مجمع الزوائد، ج ۱ ص ۱۲۱؛ الطبرانی، المعجم الصغیر، ج ۲ ص ۱۴۵؛ المبارکفوری، تحفة الأحوذی، ج ۸ ص ۲۲۶.

^۳ - الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۱ ص ۱۶-۱۷؛ الإسئوی، التمهید، ص ۴۱

لغوی و زبانی مانند رفع فاعل و همچنین نسبت دادن یک شیء به شیئی دیگر بطور مثبت مانند « قام زیدٌ » و یا بطور نفی مانند « لم یَقُمْ » و با قید استنباط شده از علم خداوند متعال و با قید دلایل از علم فرشتگان و علم پیامبر (ﷺ) حاصل به وسیله وحی و با قید تفصیلی از علم حاصل برای شخص مقلّد در مسائل فقهی، احتراز شده است. زیرا در تمام این موارد احترازی به علم حاصل شده، فقه گفته نمی شود.

مفهوم خلاف:

خلاف از ریشه « خلف » مشتق شده و مصدر سماعی باب خالَفَ یخالف مخالفه است و درمعانی مخالفت، اختلاف، تضاد و نامانندگی استعمال شده است. در « الصحاح » آمده است: 'الخلاف؛ المخالفة و آیه شریفه (فَرِحَ الْمُخَلَّفُونَ بِمَقْعَدِهِمْ خِلَافَ رَسُولِ اللَّهِ) درمعنای مخالفت با پیامبر (ﷺ) استعمال شده است. بنابراین خلاف در لغت به معنای اختلاف، ناسازگاری، تضاد، ناجوری و نامانندگی است.^۲

اما خلاف در اصطلاح عبارت است از نزاع و مناقشه میان افراد متعارض و مخالف یکدیگر به منظور احقاق حق یا ابطال باطل.^۳ و خلاف، اعمّ از ضد است. راغب اصفهانی می گوید: خلاف و مخالفت آن است که هر شخص در احوال و اقوال خود راهی جز راه دیگری در پیش گیرد و خلاف، اعمّ از ضد است زیرا هر دو ضد مختلف اند اما هر دو مختلف دو ضد نیستند و از آنجایی که اختلاف میان مردم ممکن است به نزاع و ستیزه جویی منجر شود این کلمه در قرآن کریم از باب

۱- الجوهری، الصحاح، ج ۴، ص ۱۳۵۸؛ الفراهیدی، المعین، ج ۴، ص ۲۶۵.

۲- جبران مسعود، الرائد، ترجمه: رضا انزایی نژاد، ج ۱ ص ۷۵؛ الفیروزآبادی، القاموس المحیط، ص ۱۳۸؛ ابن منظور، لسان

العرب، ج ۹، ص ۸۶

۳- الجرجانی، التعریفات، ص ۱۳۵؛ المجددی، التعریفات الفقہیة، ص ۸۹؛ الحیالی، ادب الاختلاف، ص ۲۴

استعاره در معنای نزاع و ستیزه گری بکار رفته است.^۱ خداوند می فرماید: (فَاخْتَلَفَ الْأَحْزَابُ مِنْ بَيْنِهِمْ) [مریم / ۳۷] و (وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ) [هود / ۱۱۸] ابن کثیر می گوید: احزاب که همان اهل کتاب می باشند پیرامون حضرت عیسی به نزاع با یکدیگر پرداختند و دچار اختلاف شدید شدند.^۲

تفاوت خلاف با اختلاف:

لفظ خلاف و اختلاف در عرف فقها و اصولیین در یک معنا استعمال شده است.^۳ اما برخی تلاش کردند میان خلاف و اختلاف فرق قائل شوند بدین معنا که خلاف پیروی از هوای نفس است اما اختلاف، تفاوت آرای مجتهدین در مسائل و اموری است که میان دو طرف واضح و روشن، به دلیل تعارض آن دو طرف یا دوجهت از نظر مجتهدین یا به دلیل عدم وضوح برخی از ادله و یا عدم اطلاع از ادله، مردّد می باشند. مستند قائلان به این فرق میان خلاف و اختلاف، استعمال کلمه خلاف در معنای تضاد و ناسازگاری است. بنابراین اختلاف در حقیقت نتیجه تحرّی قصد شارع توسط مجتهد است که این تحرّی با تبع و بررسی اجمالی و تفصیلی ادله صورت می گیرد یا به عبارتی دیگر «همان افتراق قولی یا فعلی ناشی از دلیل است».^۴ شاطبی می گوید: خلافتی که در حقیقت ناشی از هوای نفس گمراه کننده نه تحرّی قصد شارع از خلال تبعیت و بررسی ادله بطور اجمالی و تفصیلی همان است که از سوی هواپرستان صادر می شود و اگر هوای نفس در میان باشد آن به

^۱ - الاصفهانی، مفردات الفاظ القرآن الکریم، ص ۲۹۴.

^۲ - الصابونی، مختصر تفسیر ابن کثیر، ج ۲ ص ۴۴۸.

^۳ - المجلس الاعلی للشؤون الاسلامیه، موسوعة جمال عبدالناصر الفقهیه، ج ۴ ص ۹۲.

^۴ - قلمه جی، الموسوعة الفقهیه المیسرة، ج ۱ ص ۱۰۲.

^۵ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۲۲۲.

تبعیت از متشابه می انجامد به خاطر دسترسی به غلبه و چیرگی و بهانه قراردادن عذر خلاف که البته این نوع از خلاف به دلیل اختلاف هوای نفس به تفرقه و دشمنی می انجامد و این در حالی است که شریعت به منظور از بین بردن ریشه هوای نفس به طور مطلق نازل شده است و هرگاه هوای نفس جزئی از مقدمات دلیل قرار بگیرد نتیجه آن چیزی جز تبعیت از هوای نفس نخواهد بود بدین معنا که نتیجه خالی از تبعیت از هوای نفس نخواهد بود که البته تبعیت از هوای نفس، مخالف با شریعت است و مخالف با شریعت جزو شریعت نیست. پس خلاف، اجتهادی است که شرعاً غیر معتبر است زیرا از کسی صادر شده است که به مقدمات و ابزارهای اجتهاد آگاه نیست زیرا حقیقت خلاف، رأی و نظردادن بر اساس شهوت و غرض نفس و سردرگمی در تاریکی است و بنابراین هر نظری که بر این اساس صادر شود در عدم اعتبار آن هیچ شکی نیست زیرا آن، ضد حق است که خداوند نازل کرده است. بنابراین فرق میان خلاف و اختلاف با این لحاظ که خلاف از نظر اهل لغت در معنای تضاد استعمال شده روشن می گردد اما از آنجایی که این معنا - تضاد - تنها معنای خلاف نیست و یکی از معانی آن است و خلاف مصدر سماعی - خَالَفَ يَخَالِفُ مخالفه - است و در عرف فقها و اصولیون خلاف و اختلاف در یک معنا استعمال شده است در این تحقیق خلاف و اختلاف در یک معنا استعمال شده و به همان عرف فقها و اصولیین عمل شده است.

مفهوم علم خلاف:

علم خلاف علمی است که بوسیله آن، کیفیت و چگونگی اقامه کردن حجت شرعی و دفع شبهه ها و نقض کننده های ادله خلافی از خلال ایراد براهین قطعی، شناخته می گردد. این علم همان جدل است که بخشی از منطق است جز اینکه آن به مقاصد دینی اختصاص دارد. برخی هم آن را چنین تعریف کرده اند: علمی است که می توان به وسیله آن هرگونه وضعیت و حالتی را تا حد امکان حفظ کرد و به همین دلیل گفته می شود که شخص مجادله کننده یا جواب دهنده است که

درصد حفظ یک وضعیت است یا سؤال کننده است که درصد از بین بردن یک وضعیت است.^۱ ابن خلدون می گوید:^۲ هنگامی که فقه به پیشوایان چهارگانه رسید چونکه مردم نسبت به آنان حسن ظن کافی داشته اند به تقلید کردن از آنان روی آوردند و به دلیل سد باب اجتهاد مردم از تقلید غیراز آن ائمه ممنوع شدند و مذاهب چهارگانه به عنوان اصول ملت اسلام در نظر گرفته شدند و خلاف میان قائلان و پیروان آنان همچون خلاف درنصوص شرعی و اصول فقهی قلمداد گردید و میان آن مذاهب مناظراتی به منظور تصحیح مذاهب خود صورت گرفت. آن مناظرات بر مبنای اصول صحیح و روش هایی محکم استوار بود و هر کدام از مناظره کنندگان در جهت تأیید مذهب خود بدانها احتجاج و استدلال می کرد. این مناظرات در تمام مسائل شرعی و در تمام ابواب فقه صورت گرفت و گاهی خلاف میان مالک و ابوحنیفه بوده و شافعی موافق یکی از آن دو است. و گاهی خلاف میان شافعی و ابوحنیفه بوده و مالک، موافق یکی از آن دو است. این مناظرات به روشن شدن مآخذ پیشوایان مذاهب و اسباب خلاف و مواضع اجتهاد آنان منجر گردید که این نوع از علم، «خلافیات» نام گرفت. علمی که صاحب آن باید از قواعد استنباط احکام اطلاع داشته باشد همانگونه که مجتهد به آنها نیاز دارد جزاینکه مجتهد در جهت استنباط احکام به آن قواعد نیازمند است اما صاحب خلافیات به منظور حفظ و پاسداری از آن مسائل استنباط شده بدان قواعد نیازمند است.

علم خلاف گرچه از زمانی دور به باد فراموشی سپرده شده است و حتی در عصر حاضر هیچ توجهی بدان نمی شود اما در مقابل فقه تطبیقی بجای آن پا به عرصه وجود نهاد.^۳ در فقه تطبیقی

^۱ - حاجی خلیفه، کشف الظنون، ج ۱۰ ص ۷۲۱؛ طاش کبری زاده، مفتاح السعادة، ج ۱، ص ۲۸۳؛ الزحیلی، تعریف عام بالعلوم الشرعیة، ص ۲۱۹.

^۲ - ابن خلدون، مقدمه، ص ۴۵۶-۴۵۷؛ وجدی، دائرة المعارف القرن العشرين، ج ۳، ص ۷۶۹.

^۳ - الزحیلی، تعریف عام بالعلوم الشرعیة، ص ۲۲۶-۲۲۷.

آرای مذاهب همراه با دلایل آنها درباره مسأله فقهی مطرح و گاهی یکی از آراء ترجیح داده می شود. اما درباره تفاوت میان علم اصول و علم خلاف باید گفت که علم اصول درباره دلایل احکام شرعی بالجمله بحث می کند اما در علم خلاف دلایل و وجوه دلالت آنها بر احکام شرعی بطور تفصیلی و جزئی مورد بررسی واقع می شوند.^۱ دیگر آنکه در علم اصول شناخت دلایل به جهت تحقیق بوده اما در علم خلاف به منظور الزام مخالف است.^۲

مفهوم جدل:

جَدَل در لغت به معنای مباحثه برسیل منازعه و برتری جویی است که این معنا از «جَدَلْتُ الحبلَ» یعنی تابیدن ریسمان بطور سفت و محکم، گرفته شده است.^۳ زیرا هردو شخص مجادله کننده در تلاش اند طرف مقابل را با اقتدار و قدرت به سوی رأی خود بکشاند. اما در اصطلاح: جدل علمی است که با بکارگیری طُرُق و راههای آن می توان مخالف را ملزم و مُجاب ساخت یا حجتش را نقض کرد. جدل علمی است نظری و استدلالی و مبنای علم خلاف است و مقصود از آن تحصیل ملکهٔ نقض و ابرام است و در احکام علمی و عملی از جهت ملزم کردن مخالفین فوائد بیشماری دارد.^۴ به دور از حقیقت نیست اگر گفته شود علم جدل همان علم مناظره است زیرا پیامد و نتیجهٔ هردویکی است جز اینکه جدل اخصّ از مناظره است.^۵ ابن خلدون می گوید: «جدل همان شناخت آداب مناظره است که میان طرفداران مذاهب فقهی و دیگران صورت می گیرد و چونکه باب مناظره از لحاظ رد و قبول، فراخ و وسیع است و برخی از مناظره

۱- الفزالی، المستصفی، ج ۱، ص ۱۵؛ ابن التجار، شرح الکوکب المنیر، ج ۱، ص ۲۳.

۲- الشوکانی، ارشاد الفحول، ص ۳۹.

۳- معلوف، المنجد فی اللغة، ص ۸۲.

۴- حاجی خلیفه، کشف الظنون، ج ۱ ص ۵۷۹-۵۸۰؛ العلوانی، ادب الاختلاف فی الاسلام، ص ۲۲؛ ابوزهره، تاریخ الجدل، ص ۵.

۵- طاش کبری زاده، مفتاح السعادة، ج ۲، ص ۵۵۵.

کنندگان در هنگام استدلال و جواب افسارسخن را ازدست می دهند و برخی از استدلال ها بر صواب و برخی دیگر بر خطا می باشند به همین دلیل به وضع آداب و قواعدی در علم جدل نیاز پیدا شد تا به وسیله آنها حالت استدلال کننده و جواب دهنده مشخص گردد و به همین علت است که در تعریف جدل گفته اند: جدل همان شناخت قواعد حدود و آداب استدلال است که بوسیله آن می توان یک رأی را حفظ یا ابطال کرد چه آن رأی فقهی باشد یا غیر فقهی^۱ و گرچه میان علما درباره پرداختن به علم جدل اختلاف وجود دارد اما سخن منصفانه این است که جدل اگر به منظور اظهار ساختن قول صواب و براساس مقتضای سخن پروردگار که فرموده است: (وَجَدِلْ لَهُم بِأَلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) [نحل/۱۲۵] باشد آن امر نیکویی است. اما جدلی که وقت را تباه می سازد و هیچ فایده شرعی به دنبال ندارد آن ممنوع و مذموم است.^۲

اهمیت علم خلاف:

اهمیت احاطه داشتن به خلافتیات - مسائل اجتهادی - تا بدانجا است که فقیهان آن را برای تحصیل درجه اجتهاد، لازم دانسته و گفته اند هیچکس در زمره مجتهدین و عالمان بشمار نمی آید مگر آنکه از مصادر و مبانی اقوال علما آگاه باشد.^۳ و هر کس اختلاف علما را نشناسد بویی از فقه نبرده است و برای کسی که از اختلاف فقها آگاه نیست فتوا دادن جایز نیست. شاطبی در این باره می گوید: با دقت نظر در مواضع اختلاف است که شخص به درجه اجتهاد می رسد و شایسته است که حق در هر مسأله ای برای او آشکار گردد و به همین دلیل است که پیامبر (ﷺ) در حدیثی که از ابن عباس روایت شده گفته است: «ای عبدالله بن مسعود! گفتم: لایک ای رسول خدا! گفت: آیا می

^۱ - ابن خلدون، مقدمه ص ۴۵۷.

^۲ - حاجی خلیفه، کشف الظنون، ج ۱۰، ص ۵۸۱؛ الجوزی، الکافیة فی الجدل، ص ۲۲-۲۳.

^۳ - الشعرانی، میزان ج ۱، ص ۶۰.

دانی از میان مردم کدام یک عالم تر است؟ گفتیم: خداوند و رسولش آگاه ترند. پیامبر (ﷺ) فرمود: آگاهترین مردم کسی است که نسبت به حق آگاهتر باشد آگاه که مردم دچار اختلاف شوند حتی اگر او در زمنیه عمل مقصر باشد». این حدیث براهمیت شناخت مواضع اختلاف دلالت دارد. و به همین دلیل، علم را شناخت اختلاف دانسته اند.^۱ قتاده می گوید: هرکس اختلاف را نشناسد بویی از فقه نبرده است. هشام بن عبدالله رازی می گوید: هرکس اختلاف قراءات را نداند قاری نیست و هرکس اختلاف فقها را نداند فقیه نیست. عطاء هم گفته است: هیچ کس حق افتاء ندارد مگر آنکه از اختلاف آگاه باشد زیرا اگر آگاه به اختلاف نباشد علمی را که نزد او موثق ترو مطمئن تر است نقض و باطل خواهد ساخت. امام مالک می گوید: فتوا دادن جایز نیست مگر برای کسی که از اختلاف فقها آگاه باشد. از او سؤال کردند آیا مقصود شما اختلاف اهل رأی است؟ گفت خیر، منظور اختلاف صحابه پیامبر (ﷺ) و علم ناسخ و اختلاف در قرآن و سنت است. یحیی بن سلام گفته است: برای کسی که از اختلاف فقها آگاه نیست فتوادادن جایز نیست.^۲

مقصود از آگاهی داشتن نسبت به مواضع خلاف، شناخت مواضع اختلاف نه حفظ خلاف است و البته که شناخت با نظرو تحقیق و بررسی حاصل می گردد و با تحقیق و بررسی دلایل مسائل خلاف است که امکان شناخت قول صواب یا احق به صواب و تعیین راجح از مرجوح و کسب مهارت نقد و بررسی و روشن شدن ذهن و شناخت احادیث صحیح از ضعیف و جمع میان احادیث متعارض حاصل می گردد. و مهمتر از همه این است که نقد و بررسی دلایل مسائل خلاف در مقام اجتهاد به تقویت مبانی اجتهادی می انجامد زیرا همانگونه که فهم و ادراک افراد از ادله و نصوص متفاوت است باید پذیرفت که هیچکس نسبت به تمام ادله از لحاظ آگاهی به تمام وجوه مختلف

۱- الهیمنی، مجمع الزوائد، ج ۷، ص ۲۶۰؛ الحاکم، المستدرک، ج ۲، ص ۴۸۰؛ السیوطی، الدر المنثور، ج ۸، ص ۶۴؛

الطبرانی، المعجم الکبیر، ج ۱۰، ص ۱۷۱.

۲- الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۶۱.

دلالت و آگاهی داشتن به تمام احادیث نبوی، احاطه کامل ندارد و با وجود این حقیقت، طبیعی است که شخص مجتهد نسبت به مواردی از این قبیل آگاه نباشد و در هنگام اجتهاد برخی از این موارد از ذهن او به دور باشند زیرا احاطه کامل و ازهر لحاظ نسبت به یک شیئی خارج از حیطه قدرت انسان است و فقط در شأن خداوند است. بنابراین نقد و بررسی دلایل و مبانی اقوال در درجه اول به تقویت مبانی اجتهاد خود مجتهد بررسی کننده و در درجه دوم به تقویت مبانی اجتهاد بطور کلی منجر می شود. در حقیقت اجتهاد پروسه ای است که هر مجتهدی بدان می افزاید و از آن برداشت می کند که البته تمام این فواید و آثار علمی هنگامی محقق میگردد که شخص مجتهد مذهب مخالف در مسائل اجتهادی را معتبر و قابل مراعات بداند. امام نووی می گوید: «بدان که شناخت مذاهب سلف همراه با دلایل آنها از مهمترین نیازها است زیرا اختلاف آنها در فروع مایه رحمت است و با بررسی مذاهب آنها همراه با ادله شان است که امکان شناخت مذهب حقیقی و تعیین راجح از مرجوح و روشن شدن مشکلات و آشکار گشتن فواید نفیس و کسب مهارت از خلال سؤال و جواب و روشن شدن ذهن و مشهور شدن شخص در نزد اصحاب علم و معرفت و شناخت احادیث صحیح از ضعیف و دلایل راجح از مرجوح و جمع میان احادیث متعارض، حاصل می گردد»^۱.

حقیقت اختلاف:

مشیت و اراده خداوند متعال بر این قرار گرفته که مردمان با عقل و ادراک متفاوت آفریده شوند و دارای زبان و پوست و افکار متفاوت باشند که البته تمام این تفاوت ها مستلزم تعدد آراء است و بر این اساس اگر اختلاف زبانها و رنگها و آفرینش انسان نشانه ای از نشانه های خداوند متعال است اختلاف مدارک و عقول و نتایج و ثمره آن مدارک و عقول نیز آیه ای از آیات

^۱ - النووی، المجموع، ص ۱ ص ۱۹.

خداوند بشمارمی آید و دلیلی بر قدرت ما فوق تصورالهی است. دیگر آنکه از لحاظ جامعه شناسی، عمران و آبادانی و زندگی محقق نمی گردد اگر انسانها از هر لحاظ همانند یکدیگر آفریده می شدند. دیگر آنکه وقوع خلاف در فروعات امر محذوری نیست بلکه آنچه محذور و مذموم است تعصّب و ستیزه گری نسبت به مخالف است زیرا وقوع خلاف در فروعات امر ناگزیری است و به دور از صواب نخواهد بود اگر گفته شود که آن از ابتدا مقصود شارع بوده است^۱ چه، اگر خداوند می خواست می توانست قرآن را به گونه ای نازل کند که فهم آن فقط بر یک وجه ممکن باشد و بدون شک او از انجام چنین عملی عاجز و ناتوان نیست و اگر می خواست سنت به گونه ای باشد که فهم آن فقط بر یک وجه محتمل باشد چیزی او را از انجام آن، منع نمی کرد اما خداوند متعال بسیاری از نصوص قرآن و سنت را بگونه ای قرارداد که احتمال فهم چندین وجه در آن وجود دارد که این خود بیانگر آن است که اختلاف از ابتدا مقصود شارع بوده است تا بدین ترتیب مایه فراخی و گشایش و رحمت بندگان گردد.

مقصود از سخن پیشگفته این است که « اختلاف یک امر تقدیری و تکوینی است »^۲ و دلایل قطعی قرآن و سنت مؤید این حقیقت می باشند. خداوند متعال می فرماید: (وَمَا كَانَ النَّاسُ إِلَّا أُمَّةً وَاحِدَةً فَاخْتَلَفُوا)^۳ وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ لَقُضِيَ بَيْنَهُمْ فِيمَا فِيهِ يَخْتَلِفُونَ (یونس / ۱۹) . خداوند متعال در این آیه به روشنی بیان کرده که قضا و قدر الهی بر این سبقت گرفته که قبل از پایان رسیدن اجل معلوم، میان بندگان راجع به اختلافات و خصومات داوری نخواهد شد. پروردگار متعال در آیه دیگری می فرماید: (وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ النَّاسَ

۱- الصاوی، التوابت و المتغیّرات فی مسیریة العمل الاسلامی المعاصر، ص ۲۲؛ عوامة، ادب الاختلاف، ص ۲۶-۲۷

۲- برهامی، فقه الخلاف بین المسلمین، ص ۸

أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ ﴿١١٨﴾ إِلَّا مَنْ رَّحِمَ رَبُّكَ وَلِذَلِكَ خَلَقَهُمْ^۱ وَتَمَّتْ
كَلِمَةُ رَبِّكَ لَأَمْلَأَنَّ جَهَنَّمَ مِنَ الْجِنَّةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ [هود / ۱۱۸ - ۱۱۹]. مفسران قرآن
راجع به این آیه چند نظر دارند:^۱

نظراول: مقصود از « وَلِذَلِكَ خَلَقَهُمْ » یعنی خداوند آنان را برای اختلاف آفریده است. این قول
حسن بصری است.

نظردوم: آنان را برای رحمت آفریده است. ابن وهب از طاووس روایت کرده که دونفر پیش
طاووس آمده و وی را راجع به اختلاف پیش آمده میان آنان، داور قرار دادند. آن دونفر پیرامون
اختلاف خود سخن زیاد گفتند. طاووس گفت: دچار اختلاف شدید شده اید و در این اختلاف زیاده
روی کرده اید. یکی از آن دو گفت: برای همین هم آفریده شده ایم. طاووس گفت: دروغ گفتی،
مگر خداوند نفرموده است: (وَلَا يَزَالُونَ إِلَّا مُخْتَلِفِينَ مَنِ رَّحِمَ رَبُّكَ وَلِذَلِكَ خَلَقَهُمْ
[هود/۱۱۸] خداوند بندگان را برای اختلاف نیافریده بلکه آنان را برای وحدت و جماعت و
رحمت آفریده است. ابن عباس بنا بر یک روایت قائل به این رأی است.

نظرسوم: آنان را هم برای رحمت و هم برای اختلاف آفریده است. حسن بصری می گوید: مردم
ادیان گوناگونی دارند و به ادیان مختلفی اعتقاد دارند مگر آنان که لطف و رحمت خداوند شامل
حالشان شده است. پس هرکس که خداوند به او رحمت کرده باشد او در اختلاف نیست. از او
سؤال شد آیا خداوند آنان را برای رحمت آفریده است ؟ او گفت: برخی را برای بهشت و برخی
دیگر را برای جهنم آفریده است و جهنمیان را برای عذاب بیافریده است. عطاء، أعمش، مالک
قائل به این رأی هستند و ابن جریر طبری نیز همین رأی را برگزیده است.

^۱ - الصابونی، مختصر تفسیر ابن کثیر، ج ۲، ص ۲۳۴.

با تأمل کردن در این اقوال این حقیقت روشن می شود که میان دو قول اول و دوم تعارض وجود ندارد زیرا مقصود قائلان به خلقت آدمیان برای اختلاف این است که اختلاف یکی امر تکوینی و تقدیری است و بنابراین حرف «لام» مذکور در آیه برای تعلیل و تبیین حکمت تکوینی است. اما مقصود قائلان به خلقت آدمیان برای رحمت همان امر تشریعی است که بدان دستور داده شده اند و هنگامی که یکی از آن دو شخص متخاصم خواست که با احتجاج به آیه مذکور مشروعیت اختلاف را تأیید سازد طاوس او را مورد انکار و سرزنش قرارداد و به او گفت: دروغ گفתי چه آن اختلاف پیش آمده شرعاً مراد نیست و بنابراین اسم اشاره مذکور در آیه به رحمت برمی گردد و حرف «لام» هم برای بیان حکمت تشریعی است همانند این آیه شریفه: (وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ) [ذاریات / ۵۶] یعنی خداوند انس و جن را بیافرید تا آنان را به عبادت امر کند که آن یک امر شرعی است. اما قول سوم جمع میان دو قول اول و دوم است بدینگونه که اهل اطاعت و بندگی که امر شرعی را انجام داده اند اهل رحمت پروردگارند اما اهل اختلاف که حق تشریع شده را به کنار نهاده اند آنان از قضا و قدر و حکمت تکوینی خارج نشده اند و همچنان در اختلاف بسر می برند.

علاوه بر این آیات قرآنی، سنت راستین نیز به بیان حقیقت مذکور پرداخته است. پیامبر (ص) می فرماید: «هر کس از شما عمر طولانی کند شاهد اختلافات زیادی خواهد بود. پس، به سنت و سنت خلفای راشدین هدایت شده جنگ بزنید و سفت و محکم بدان پایبند باشید و از نوآوری در دین پرهیزید که هر بدعت و نوآوری، گمراهی است»^۱.

دلایل و نصوص دینی پیشگفته بیانگر این حقیقت هستند که وقوع اختلاف میان مردم غیر قابل اجتناب است و آن جزو قضا و قدر الهی است به دلیل آنکه پروردگار متعال دآوری و حل و فصل

^۱ - ابن البناء، المختار من اصول السنه، حاشیه ی اصول السنه امام احمد، ص ۱۹۹، النووی، ریاض الصالحین، ص ۷۲؛ ابو داود،

خصومات میان بندگان را تا پایان این عالم هستی و برپایی روز قیامت به تأخیر انداخته است اما این حقیقت بدین معنا نیست که باید تسلیم قدر مذکور شد و تلاش و کوشش در جهت خروج از خلاف و تحصیل اجتماع و وحدت و ترک اختلاف بدون نتیجه خواهد بود و مبارزه با قدر بشمارمی آید. اینگونه طرز تفکر از خطرناک ترین اندیشه ها و دورترین آنها از شریعت اسلام است.

اختلاف با اینکه جزو قدر خداوند است اما شرعاً به ما دستور داده شده است تا از آن بگریزیم و بسوی قدر دیگر خداوند که همان ائلاف و اتحاد است گام برداریم. قدر را باید با قدر دفع کنیم و با قدر پسندیده به مبارزه با قدر مکروه برویم زیرا امر واجب تبعیت از شریعت و ایمان به قدر نه ترک شریعت و احتجاج به قدر است. انسانها از قضای سابق در مشیت الهی بی اطلاع اند و خداوند از لحاظ زمان و مکان میان انسانها تفاوت قرار داده است. چه بسا مردمانی در زمانی و مکانی اکثریت آنها یا تمام آنها برحق و مورد رحمت خداوند قرار گرفته باشند اما در زمانی دیگر گرفتار فتنه ها شوند و اکثریت آنها در اختلاف هلاک کننده قرار بگیرند. پس آنچه که شرعاً بدان مأمور شده ایم این است که اختلاف را به کناری بنهیم و در جهت اتحاد و اتفاق گام برداریم زیرا خداوند می فرماید: (وَأَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا) [آل عمران / ۱۰۳]. و به همین دلیل است که علمای سلف از تمام انواع اختلاف بر حذر داشته و بروجوب پرهیز از آن تأکید کرده اند همانگونه که ابن مسعود گفته: «خلاف شر است»^۱.

اما در مورد حدیث «اختلاف امتی رحمه» باید گفت که این حدیث هم از لحاظ سند وهم از لحاظ متن صحیح نیست و جزو احادیث ضعیف و منکر است^۲ و مقصود علمای سلف از رحمت بودن اختلاف این نیست که اختلاف از حیث اختلاف، رحمت است زیرا قرآن و سنت از اختلاف

^۱ - ابن قیبه، تأویل مختلف الحدیث، ص ۲۶؛ ابن العربی، العواصم من القواصم، ص ۷۹-۸۰.

^۲ - الالبانی، ارواء الغلیل، ج ۱، ص ۹؛ العجلونی، کشف الخفاء، ج ۱، ص ۶۴.

نهی کرده اند و اختلاف را امری مذموم بشمار آورده اند بلکه مقصود آنان این است که اطراف اختلاف مورد رحمت پروردگارند؛ بدین معنا که هرکس که در جهت رسیدن به حق اجتهاد کرده و تقصیر و کوتاهی نکرده باشد آنچه که بر او لازم بوده انجام داده است حتی اگر هم در اجتهادش خطا کرده باشد او مأجور است و اگر به حق اصابت کرده باشد دو اجر و ثواب می برد که حدیث پیشین و مدح و ستایش حضرت داود و حضرت سلیمان - علیهما السلام - و مصیب بشمار آمدن حضرت سلیمان در قرآن بر این حقیقت دلالت دارد.

سبکی می گوید: «رحمت مقتضی عدم اختلاف است. خداوند متعال می فرماید: (فَمِنْهُمْ مَنْ ءَامَنَ وَمِنْهُمْ مَنْ كَفَرَ) [بقره / ۲۵۳] و پیامبر (ص) می فرماید: « اِنَّمَا هَلَكَ بَنُو إِسْرَائِيلَ بِكَثْرَةِ سُؤَالِهِمْ عَلَى أَنْبِيَائِهِمْ ». او در قسم نوع سوم خلاف - اختلاف مردم میان مدح و ذم - سه نوع خلاف درج نموده و گفته است: (... اختلاف سه قسم است: ۱- اختلاف در اصول که مراد از اختلاف مذکور در قرآن همین است.

۲- اختلاف در آراء و جنگ ها که البته این نوع نیز حرام است زیرا موجب تضییع مصالح و منافع می گردد. ۳- اختلاف در فروع مانند اختلاف در حلیت و حرمت و مانند آن. سبکی در مورد این نوع از اختلاف - اختلاف نوع سوم - که محل بحث این تحقیق است می گوید: اتفاق بهتر از اختلاف است.^۲ برای شناخت زیانها و خطرات اختلاف کافی است به داستان حضرت هارون (ع) نگاهی افکنده شود. حضرت هارون اختلاف را جزو بزرگترین خطر ها و حتی خطرناک تر از پرستش بتها بشمار آورده است و هنگامی که سامری گوساله ای طلایی برای قوم خود ساخت و به آنان گفت: (هَذَا إِلَهُكُمْ وَإِلَهُ مُوسَى) [طه / ۸۸] هارون با مشاهده این وضعیت سکوت

۱ - مسلم، صحیح مسلم، ج ۴، ص ۱۰۲؛ ابن حنبل، المسند، ج ۲، ص ۲۴۷؛ الشافعی، المسند، ص ۲۷۲

۲ - السبکی، ألابهاج فی شرح المنهاج، ج ۳، ص ۱۸ - ۱۹.

اختیار کرد و تا برگشت برادرش حضرت موسی (ع) به انتظارنشست و هنگامی که موسی برگشت و مردم را مشغول عبادت گوساله دید برادرش هارون را مورد سرزنش قرارداد اما هارون در دفاع از خود عذر خویش را اینگونه بیان کرد: (قَالَ يَبْنَؤُمْ لَا تَأْخُذْ بِلِحْيَتِي وَلَا بِرَأْسِي إِنِّي خَشِيتُ أَنْ تَقُولَ فَرَّقْتَ بَيْنَ بَنِي إِسْرَءِيلَ وَلَمْ تَرْقُبْ قَوْلِي) [طه ۹۴] حضرت هارون علت عدم بکارگیری شدت درانکار و مقاومت در برابر آنان و جدا شدن از آنها در هنگام کارساز نبودن انکار را بیم از پیدایش تفرقه و اختلاف میان قوم بنی اسرائیل بشمار آورده است !!

بنابراین برعکس فهم برخی، اختلاف از حیث اختلاف رحمت نیست و شرعاً مطلوب نیست بلکه مقصود از رحمت بودن اختلاف این است که اطراف اختلاف مادام که در جهت شناخت حق تمام تلاش و کوشش خود را بکار گرفته اند آنان مورد عذاب قرار نخواهند گرفت و حق در این اختلاف واحد است و متعدد نیست و وجود این اختلاف دارای حکمت تکوینی نه حکمت تشریعی است زیرا آنچه شرعاً مطلوب است اتفاق برحسب امکان و جستجو و اجتهاد کردن برحسب طاقت و توان است. و با اینکه اصل بر اتفاق و ذم اختلاف است و اختلاف شرعاً مطلوب نیست اما باید اذعان کرد که اختلاف اجتهادی دارای فواید و آثار نیکویی است اگر با توجه به مفهوم پیشگفته در مورد خلاف بدان نگاه شود و آداب و اخلاقیات خلاف در هنگام اختلاف رعایت گردد زیرا اختلاف فقهی نه تنها بر انحراف دلالت ندارد بلکه بیانگر رشد و رونق عقلی و علمی است. ابوزهرة می گوید: « اختلاف آراء در فروع فقهی بر انحراف در دین دلالت ندارد مادام که در چهارچوب مقررات و ضوابط شرعی مورد اتفاق عالمان سلف و خلف صورت گرفته باشد. اختلاف مادام که اساسش جستجو و طلب حق است موجب شکوفایی عقل و اندیشه و گشودن راه برای انتخاب رأی صحیح می گردد و از میان آرای مختلف و با شناخت دیدگاهها است که نور حق

بطور روشن تجلی می یابد.^۱ پس اختلاف اجتهادی موجب شکوفائی عقل است و حکمت گمشده مؤمن است که باید آن را جستجو کند و هر کجا آن را بیابد بدان چنگ بزند.

ولی الله دهلوی در تبیین حقیقت اختلاف می گوید: « علمای سلف در مورد اصل اعمال مشروع اختلاف نکرده اند بلکه اختلاف آنان در مورد بهتر از میان دو امر است مانند اختلاف قاریان در وجوه قراءات که در تعلیل این موضوع گفته اند: صحابه با یکدیگر اختلاف کرده اند و همه آنان بر هدایت و صواب می باشند و به همین علت است که عالمان پیوسته فتاوی مفتیان را در مسائل اجتهادی تجویز نموده اند و حکم قاضیان را پذیرفته اند و برخی اوقات برخلاف مذهب خود عمل کرده اند و ائمه مذاهب در اینگونه مسائل همه اقوال را صحیح بشمار آورده و خلاف را پنهان می ساخته اند و در مقام افتاء می گفته اند: این احوط است، این قول گزیده است، این پسندیده تر است...»^۲.

فقها و پیشوایان مذاهب حقیقت اختلاف را درک کرده اند و با یکدیگر بدون هیچگونه دشمنی یا تعصب و رزیدن به یک رای زیستند بلکه آنان معتقد بودند که آرای دیگران اگر از لحاظ دلیل بهتر و قویتر باشد باید بدان عمل کرد. امام ابوحنیفه - رحمه الله - می گوید: این رای من است و این بهترین رای است که بدان رسیده ام اما اگر کسی رأیی بهتر از آن داشته باشد آن را از او می پذیریم. امام مالک - رحمه الله - می گوید: من انسانی بیش نیستم که گاهی خطا می کنم و گاهی به حق اصابت می کنم پس قول مرا بر کتاب خداوند و سنت عرضه کنید.^۳ امام شافعی - رحمه الله - می گوید: اگر حدیث صحیح برخلاف رأی من باشد قولم را به دیوار بکوبید و اگر حجت را

^۱ - ابوزهره، تاریخ المذاهب الاسلامیه، ص ۲۷۰.

^۲ - الدهلوی، حجة الله البالغة، ج ۱، ص ۲۹۵.

^۳ - عبداللطیف محمود، الأختلافات الفقہیة، ص ۱۱۷.

درجایی دیدید آن قول من است. از دیگر سخنان عالمانه و حکیمانه امام شافعی - رحمه الله - این عبارت است: رأی من صواب اما محتمل خطا و رأی دیگران خطا اما محتمل صواب است.^۱

اقوال و افعال پیشوایان مذاهب و بزرگان فقه و ققاهت بیانگر این حقیقت است که آنان به دنبال حق بودند هرکجا باشد و هرگاه رأی شان برخلاف صواب باشد قلم بطلان بر آن می کشیدند و تعصب به یک رأی و حب شهرت هرگز در میان آنان وجود نداشته است. ماجرای مالک بن انس با سه خلیفه عباسی به طور واضح و روشن بر این حقیقت دلالت دارد. هنگامی که سه نفر از خلفای عباسی از امام مالک خواستند که مردم را به عمل کردن براساس کتاب «الموطأ» وادارند و همه مردم را پیرامون آن متحد و یکپارچه سازند امام مالک خواسته آنان را رد کرد که این موضع گیری امام مالک نشانه کمال علم و تواضع و انصاف اوست. خلفای سه گانه ابو جعفر منصور و فرزندش، مهدی و نوه اش، هارون الرشید بودند. از جمله سخنانی که امام مالک به منصور گفته بود این عبارت است: این کار را انجام مده زیرا مردم قبلاً اقوالی بدانها رسیده و احادیث و روایاتی شنیده اند و هر قومی به آنچه که در دست دارند از جمله اختلاف عالمان عمل کرده اند و آن را پذیرفته اند و برگرداندن آنها از عقیده شان بس دشوار است. پس مردم را به حال خود و به آنچه که برای خود برگزیده اند واگذار. منصور در جواب گفت: اگر امام مالک پیشنهاد را می پذیرفت آن را اجرا می کردم.^۲ این پیشنهاد منصور، فرصت طلایی برای مشهور شدن بود اما امام مالک واقعیت زندگی مردم را پذیرفته و درک نموده است و به خاطر احترام نهادن به آرای اجتهادی دیگران و احتمال صحت آنها و به منظور جلوگیری از وقوع فتنه و هرج و مرج پیشنهاد مذکور را نپذیرفته است.

۱- القرضاوی، فتاوی معاصرة، ج ۲، ص ۱۱۳.

۲- ابن عبدالبر، الأنقاء؛ ص ۲۶.

حال که به پایان این مبحث رسیدیم و خلاف را از لحاظ مفهوم و ماهیت مورد بررسی قرار دادیم لازم است به انواع خلاف پرداخته شود که بحث پسین این تحقیق به این موضوع می پردازد.

مبحث اول: مفهوم خلاف اجتهادی

خلاف اجتهادی همان اختلاف فقها و تعدد آرای آنان در برخی از احکام فقهی است.^۱ به عبارتی دقیقتر خلاف اجتهادی همان خلاف اجتهادی ناشی از دلیل است. بنابراین میان خلاف فقهی و خلاف اجتهادی نسبت عموم و خصوص من وجه وجود دارد بدین معنا که هر خلاف اجتهادی خلاف فقهی است اما هر خلاف فقهی، خلاف اجتهادی نیست زیرا برخی از خلاف فقهی جزو خلاف اجتهادی است اما برخی دیگر جزو خلاف اجتهادی نیست یا بخاطر ضعف دلیل یا به دلیل مخالفت با نص صریح یا اجماع یا قواعد یا قیاس جلی یا به خاطر شاذ بودن یا ناشی شدن از خطا و لغزش که تمام این موارد جزو خلافتیات اجتهادی بشمار نمی آیند.

موضوع خلاف اجتهادی از نظر اصولیین همان تعدد آراء مجتهدین و اهل نظر در مسائلی که درباره آنها دلیل قطعی وجود نداشته باشد. زیرا محل اجتهاد معتبر آن مواردی است که میان دو طرف متردد باشند و قصد شارع در هر دو طرف از لحاظ اثبات یک طرف و نفی طرف دیگر ظاهر و نمایان است اما قصد شارع در هیچ کدام ازدو جهت نفی یا اثبات قطعی نیست بلکه میان آن دو جهت مردد است. و فعل و ترک مکلف خالی از این دو حالت نیست یا اینکه از سوی شارع درباره آن، خطاب وارد نشده است که در این حالت بنابر قول راجح بر برائت اصلی حمل می شود اما اگر در مورد آن خطاب وارد شده باشد در این حالت یا قصد شارع در جهت نفی یا در جهت اثبات، ظاهر و نمایان است یا ظاهر و نمایان نیست که اگر قصد شارع ظاهر و نمایان نیست آن در زمره متشابهات است و اگر قصد شارع آشکار و روشن باشد در این حالت یا قصد شارع قطعی است که

۱- محمود عبداللطیف، الاختلافات الفقهیه، ص ۱۴.

در این صورت با وضوح حق در نفی یا اثبات مجالی برای نظر و اجتهاد باقی نمی ماند و این قسم همان واضحات است زیرا حکمش حقیقتاً واضح است و عدول از آن قطعاً خطا است. یا اینکه قصد شارع غیر قطعی است که در این حالت احتمال اینکه مقصود شارع همان قول معارض و مخالف باشد وجود دارد و این قسم بطور مطلق جزو واضحات نیست بلکه با اضافه شدن آن نسبت به امر خفی تر در زمره واضحات قرار می گیرد همانگونه که با اضافه شدن آن نسبت به امر واضح تر در زمره غیر واضحات بشمار می آید. و به همین دلیل است که تمام مسائل و اموری که در باره آنها اختلاف وجود دارد میان دو طرف واضح مردّد می باشند و اشکال و تردید بوجود آمده از همین جهت است. و شخص با لحاظ کردن این حقیقت است که می تواند به درجه اجتهاد برسد.^۱

خلاصه سخن این است که هر حکم شرعی که در مورد آن دلیل قطعی وجود نداشته باشد آن حکم اجتهادی است^۲ و در زمره خلاف فقهی بشمار می آید. به بیانی دیگر احکامی که پیرامون آنها نصّ ظنی الثبوت یا ظنی الدلالة وجود داشته باشد و احکامی که پیرامون آنها نص یا اجماع وجود نداشته باشد این احکام موضوع مبحث اجتهاد و زمینه عمل مجتهدین و محل اختلاف مجتهدین در اثراختلاف محیط یا فطرت و سرشت و یا اختلاف انظار می باشند اما حکمی که ضرورتاً معلوم است و احکامی که پیرامون آنها نصّ قطعی الثبوت و قطعی الدلالة وجود داشته باشد آنها از دایره اجتهاد خارج اند مانند وجوب نماز، زکات، روزه، تحریم خمر، زنا، سرقت، قتل و کفّارات که در تمام این موارد جایی برای اختلاف نیست و حق در مورد آنها یکی است.^۳

بنابراین خلاف شامل موارد زیر نمی گردد:^۴

۱- المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، موسوعة الفقه الإسلامي، ج ۴، ص ۹۰.

۲- الرازی، المحصول فی أصول الفقه، ج ۶، ص ۲۷.

۳- الحصری، اختلاف الفقهاء ص ۱۱۵؛ ابن القیم، اعلام الموقعین، ج ۱، ص ۷۱-۷۳؛ ابن عابدین، حاشیة ردالمحتار، ج ۱، ص ۴۷۲.

۴- قلعہ جی، الموسوعة الفقہیة المیسرة، ج ۱، ص ۱۰۲، عوامه، ادب الاختلاف، ص ۱۷.

۱- اصول عقاید مانند ایمان به پروردگار، فرشتگان، کتابهای آسمانی، پیامبران، روز جزا و قضا و قدر. خلاف نه تنها شامل موارد مذکور نمی شود بلکه اختلاف در این موارد کفر است اما در فروع عقاید مانند اختلاف در رؤیت پروردگار در روز قیامت، اختلاف در صفت حوض، اختلاف در صفات دارای ایهام مشابهت که آیا باید تأویل شوند یا اینکه همانگونه که وارد شده اند باید آنها را پذیرفت و با لحاظ کردن تنزیه پروردگار از مشابهت، آن را فهمید؛ و مواردی مانند آن که اختلاف پیرامون آنها کفر بشمار نمی آید.

۲- ضروریات دینی:

اختلاف در ضروریات دینی مانند وجوب نماز، روزه، حج، زکات و عدم ازدواج زن مسلمان با مشرک، تحریم زنا، خمر و غیره جایز نیست زیرا مخالفت با ضروریات دینی کفر بشمار می آید.

مبحث دوم: انواع خلاف

خلاف را می توان به اعتبارات گوناگون تقسیم کرد که در زیر به مهمترین تقسیمات انواع خلاف اشاره می شود. از جمله این اعتبارات، انواع خلاف به اعتبار انگیزه و واقعیت است.

گفتار اول: انواع خلاف به اعتبار انگیزه

خلاف به اعتبار انگیزه به سه دسته قابل تقسیم است:^۱ ۱- خلاف ناشی از هوای نفس ۲- خلاف ناشی از حق ۳- خلاف مردّد میان مدح و ذم

بند اول: خلاف ناشی از هوای نفس

خلاف گاهی از رغبت های درونی انسان برای رسیدن به اهداف شخصی از جمله تظاهر به فهم و دانش و فقه نشأت می گیرد که البته تمام انواع این خلاف، مذموم و نکوهیده است زیرا در این

^۱ - العلوانی، ادب الاختلاف فی الاسلام، ص ۲۶؛ الحیالی، ادب الاختلاف فی الاسلام، ص ۳۳

نوع خلاف، هوا و هوس بر تحرّی و طلب حق غالب و مقدّم گشته است و هوی و هوس هیچ خیر و نیکی به دنبال ندارد و هوس مرکب شیطان به سوی سرزمین کفر است. خلافتی که از هوای نفس گمراه کننده نه تحرّی قصد شارع از خلال تحقیق و بررسی ادله اجمالی و تفصیلی، ناشی می شود این خلاف از سوی هواپرستان انجام می گیرد و روشن است که اگر هوای نفس در میان باشد آن به خاطر دسترسی به غلبه و چیرگی و بهانه قراردادن خلاف بعنوان عذر به تبعیت از مشابه می انجامد که البته این نوع از خلاف به خاطر تفاوت و اختلاف هوای نفس به تفرقه و دشمنی می انجامد حال آنکه شریعت به منظور مبارزه با هوای نفس نازل شده است و هرگاه هوای نفس جزئی از مقدمات دلیل قرار بگیرد نتیجه آن چیزی جز تبعیت از هوای نفس نخواهد بود. بدین معنا که نتیجه خالی از تبعیت هوای نفس نخواهد بود و البته که تبعیت از هوای نفس برخلاف شریعت است و مخالفت با شریعت جزو شریعت نیست و هر رأیی که براین اساس صادر شود در عدم اعتبار آن هیچ شکی نیست. و گرچه پایه های فکری و علمی در نزدیک کردن اطراف خلاف به یکدیگر کم اهمیت نیستند اما حقیقت آن است که اخلاص داشتن و دوری گزیدن از تمام هوسهای نفسانی در مقابل حق و مبارزه با نفس در جهت آزاد ساختن آن از بند خودخواهی و هوای دیگران، بر تمام مبانی و قواعد فکری و اخلاقی مقدم تر است و به همین دلیل است که نصوص دینی بی شماری به سرزنش و نکوهش هوای نفس و پیروی از آن پرداخته اند چنانکه خداوند متعال می فرماید: (أَفَكُلَّمَا جَاءَكُمْ رَسُولٌ بِمَا لَا تَهْوَىٰ أَنْفُسُكُمْ اسْتَكْبَرْتُمْ فَفَرِيقًا كَذَّبْتُمْ وَفَرِيقًا تَقْتُلُونَ) [بقره / ۸۷]. خداوند در این آیه خطاب به یهودیان می فرماید: آیا جزاین است که هر زمان پیغمبری برخلاف میل و آرزوی نفس شما چیزی را آورد گردن افراختید و خود را بزرگتر از آن دانستید که از او پیروی کنید و به این هم بسنده نکردید بلکه عده ای را تکذیب نمودید و دروغگو خواندید و عده ای دیگر را کشتید. این آیه به صراحت به بیان این حقیقت پرداخته است که پیروی از هوای نفس نه تنها به ایجاد اختلاف بلکه به قتل پیامبران، بزرگترین

جرم قوم یهود، می انجامد و گرچه این آیه در باره یهودیان است اما پیروی از هوای نفس یک مسأله اخلاقی و تربیتی است که در همه انسانها مشترک است.

پروردگار متعال در آیاتی دیگر می فرماید: (فَلَا تَتَّبِعُوا أَهْوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا) [نساء / ۱۳۵]

(وَقُلْ لَا أَتَّبِعُ أَهْوَاءَكُمْ قَدْ ضَلَلْتُ إِذًا وَمَا أَنَا مِنَ الْمُهْتَدِينَ) [انعام / ۵۶]. خداوند

خطاب به مؤمنان می گوید: از هوا و هوس پیروی نکنید که اگرچنین کنید از حق منحرف می گردید و به باطل می افتید. و در آیه دوم خطاب به پیامبر (ﷺ) می فرماید: بگو، من از هوا و هوس های شما پیروی نمی کنم که اگرچنین کنم همچون شما گمراه می شوم و از زمره راه یافتگان نخواهم بود. پس پیروی از هوای نفس به ظلم و تجاوز گری می انجامد و مایه گمراهی است.

دیگر آنکه هوا و هوس نقیض و ضد علم و در ردیف فساد و تباهی است. خداوند متعال می فرماید: (وَلَوْ أَتَّبَعَ الْخَلْقُ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ). [

مؤمنون / ۷۱] یعنی: اگر خداوند از خواسته ها و هوسهای مردم پیروی می کرد آسمانها و زمینها و همه کسانی که در آنها بسر می برند تباه می گردیدند و نظم و نظام کائنات از هم می پاشید.

هوا و هوس گرچه دارای انواع متعدد و منشأ گوناگونی است اما همه آنها به هوای نفس و حب ذات برمی گردد. هوای نفس منشأ و ریشه ی بسیاری از اشتباهات و گمراهی ها بوده است و هرگاه انسان در دام هوای نفس قرار بگیرد تمام کجروی ها و انحرافات و عدول از حق برای او مزین می گردد به گونه ای که در دیده او حق، باطل و باطل، حق جلوه می کند. و براین اساس می توان اختلاف اهل ادیان و ملل و نحل و داعیان به سوی بدعت را به آفت نفس ارجاع داد. از جمله نعمت های پروردگار نسبت به بندگانش این است که خداوند مقدار ارتباط مذاهب و افکار و معتقدات با هوای نفس را تبیین و مشخص نموده است تا انسان بدین ترتیب از لغزشگاه های انحراف به دور بماند. بدینگونه که خداوند سبحان مشعل ایمان را در قلب بنده اش روشن نگه می دارد و دروغ بودن آن مذاهب و افکار و معتقدات را برایش آشکار می سازد زیرا حُسن و نیکی آن مذاهب و

معتقدات باطل وجود حقیقی نداشته و فقط در ذهن و خیال وجود دارد که به وسیله هوای نفس زینت داده می شوند حتی اگر در عالم واقع زشت بوده و یا اینکه فقط در ذهن شخص مبتلا به پیروی از هوای نفس وجود داشته باشد.

هر اندیشه و رأیی که مخالف صریح قرآن و سنت و مقتضیات عقل سلیم باشد دخیل بودن هوای نفس در آن روشن و آشکار است مانند دعوت به سوی پرستش غیر پروردگار یا دعوت برای تطبیق غیر شریعت خداوند یا مباح دانستن زنا و ربا و ... که مأخذ تمام این افکار و آراء جز هوای نفس چیز دیگری نیست و فقط از کسی سر می زند که افسارش در دست شیطان است. در تفسیر^۱

آیه (إِنَّ الَّذِينَ فَرَّقُوا دِينَهُمْ وَكَانُوا شِيعًا لَسَتْ مِنْهُمْ فِي شَيْءٍ) [انعام / ۱۵۹] از حضرت عایشه و حضرت ابوهریره - رضی الله عنهما - روایت شده که پیامبر (ﷺ) به عایشه فرموده است:^۲ ای عایشه آنهایی که دینشان را فرقه فرقه کردند و گروه گروه شدند آیا می دانی چه کسانی هستند؟ عایشه فرمود: خدا و رسولش (ﷺ) داناترند. پیامبر (ﷺ) گفت: آنان پیروان هوا و هوس و پیروان بدعت و گمراهان این امت هستند. ای عایشه! هر گناهی توبه دارد مگر هواپرستان و بدعت گزاران که توبه ندارند و من از آنها بیزارم و آنها نیز از من به دور می باشند. و به همین خاطر، سلف صالح گفته اند:^۳ خطرناک ترین معبود بندگان در زمین هوا و هوس است. زیرا انسان علیرغم آگاهی از وجود این بیماری از آن پیروی می کند و گمراه می شود.

خداوند متعال پیروی از هوای نفس را به مثابه به خدایی گرفتن هوا و هوس بشمار آورده و فرموده است: (أَفَرَأَيْتَ مَنْ اتَّخَذَ إِلَهَهُ هَوَاهُ وَأَضَلَّهُ اللَّهُ عَلَىٰ عِلْمٍ وَخَتَمَ عَلَىٰ سَمْعِهِ وَقَلْبِهِ

^۱ - الطبری، تفسیر طبری، ج ۵، ص ۴۱۴.

^۲ - الطبرانی، المعجم الصغير، ج ۱، ص ۲۴۳؛ الهندی، كنز العمال ج ۲، ص ۲۲؛ ابونعیم، حلیة الأولیاء، ج ۴، ص ۱۳۸.

^۳ - القرضاوی، الصحوة الاسلامیة بین الاختلاف المشروع و التفرق المذموم، ص ۱۲۹.

وَجَعَلَ عَلَىٰ بَصَرِهِ غِشَاوَةً فَمَن يَهْدِيهِ مِنْ بَعْدِ اللَّهِ أَفَلَا تَذَكَّرُونَ ([جاثیه / ۲۳] . یعنی: هیچ دیده ای کسی را که هوا وهوس خود را به خدایی خود گرفته است و با وجود آگاهی، خدا او را گمراه ساخته است و برگوش و دل او مهر گذاشته و برچشمش پرده ای انداخته است. پس چه کسی جز خدا می تواند او را راهنمایی کند؟ شخص هواپرست از هوای نفس خویش دستور می گیرد و هرآنچه را که مخالف هوای نفس خویش بیابد ترک می گوید و هرآنچه را که مایه هوا و هوسش باشد می پرستد.^۱

بند دوم: خلاف ناشی از حق

گاهی اختلاف ناشی از هوا وهوس نیست بلکه ناشی از حق و مقتضای عقل و علم است و از نظر ایمانی واجب و لازم است. مخالفت اهل ایمان با اهل کفر و شرک و نفاق اختلاف واجب است که هیچ مسلمانی نمی تواند از آن دست بکشد یا برای زایل ساختن آن فرا بخواند زیرا این خلاف جزو مقتضیات ایمان و حق است. اختلاف مسلمانان با پیروان عقاید کفرآمیز و الحاد مانند یهودیان، مسیحیان، بت پرستان و مشرکان از همین قبیل است که البته اختلاف با پیروان این ادیان و افکار و عقاید آنان مانع زایل ساختن آن اختلاف از طریق وارد شدن آنان به دین خداوند و دست کشیدن آنان از اسباب و انگیزه های اختلاف همچون کفر، شرک، نفاق، الحاد و بدعت و عقاید باطل، نمی گردد همانگونه که مانع اجرای عدالت در مورد آنان نیز نمی شود.

بند سوم: خلاف مردّد میان مدح و ذم

این خلاف به یکی از دو طرف مدح یا ذم اختصاص ندارد و شامل خلاف در فروع و احکام دارای احتمالات متعدد و برخی از آنها بوسیله مرجّح هایی قابل ترجیح است می باشد مانند اختلاف

^۱ - الصابونی، مختصر تفسیر ابن کثیر، ج ۳، ص ۳۰۸.

درباره نقض وضو بوسیله خون خارج از زخم، استفراغ عمدی، جهر گفتن «آمین» و نمونه های بی شمار دیگر. این نوع خلاف محل انحراف و لغزش است زیرا چه بسا در اینگونه خلاف نیز هوای نفس با تقوا و علم با ظن و راجح با مرجوح و مردود با مقبول، اشتباه گردد که البته تنها راه پرهیز و خودداری از وارد شدن در این لغزشگاه، پیروی از قوانین و مقررات و ضوابط اصولی و رعایت آداب خلاف است که در غیر این صورت، اختلاف مذکور به نزاع و درگیری و شکست منجر خواهد شد و افراد اطراف اختلاف از جایگاه تقوا به قعر هوا و هوس سقوط خواهند کرد و موجب هرج و مرج در جامعه خواهند شد.

گفتار دوم: انواع خلاف به اعتبار واقعیت

اختلافات میان مذاهب فقهی به اعتبار واقعیت موجود به دو دسته تقسیم می گردد:^۱

بند اول: خلاف تنوع

در اختلاف تنوع اقوال متناقض نیستند بلکه همه ی آنها صحیح هستند. مانند: وجوه قراءات، انواع تشهد و اذکار. به عنوان مثال اگر کسی در هنگام قرائت فاتحه «مَلِكِ يَوْمِ الدِّينِ» راقرائت کند و می داند که قرائت «مَلِكِ يَوْمِ الدِّينِ» نیز صحیح است این قرائت او را کفایت می کند زیرا هیچکدام از این قرائت ها ناقض یکدیگر نیستند و قرآن به همه این قرائت ها نازل شده است همانگونه که در حدیث مورد اتفاق بخاری و مسلم آمده است.^۲ خواندن تشهد ابن مسعود: التَّحِيَّاتُ لِلَّهِ وَ الصَّلَوَاتُ وَ الطَّيِّبَاتُ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ وَ رَحْمَةُ اللَّهِ وَ بَرَكَاتُهُ السَّلَامُ عَلَيْنَا وَ عَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ، أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَ أَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَ رَسُولُهُ» نیز مانع خواندن تشهد روایت شده توسط ابن عباس: «التَّحِيَّاتُ الْمُبَارَكَاتُ الصَّلَوَاتُ الطَّيِّبَاتُ لِلَّهِ السَّلَامُ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ وَ رَحْمَةُ

^۱ - برهانی، فقه الخلاف بین المسلمین، ص ۱۳؛ خالد رمضان، معجم اصول الفقه، ص ۱۲۶-۱۲۷

^۲ - ابن حجر، فتح الباری، ج ۹ ص ۲۳؛ التووی، شرح صحیح مسلم، ج ۶ ص ۱۰۰؛ العظیم آبادی، عون المعبود، ج ۴، ص ۲۴۳.

الله و بَرَكَاتِهِ السَّلَامُ عَلَيْنَا وَ عَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَ أَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ» نیست زیرا همهٔ علما در مورد جواز خواندن هر کدام از این تشهدا اتفاق نظر دارند و تنها اختلاف در برگزیدن اولی و بهتر از میان این تشهدا بنا به اعتباراتی که هر کدام از مجتهدین در نظر دارد.^۱

واجب مخیر مانند كفاره ی یمین هم از این قبیل است. خداوند متعال می فرماید: (فَكَفَّرْتُمُوهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ) [مائده/ ۸۹] یعنی: كفاره شکستن سوگند سه چیز است: ۱- اطعام ده نفر مسکین بطور متوسط ۲- پوشاک دادن به آنان ۳- آزاد کردن برده. مکلف هرگاه یکی از این سه مورد را انجام دهد او را کفایت می کند. شخص مکلف با این اعتقاد که موارد دیگر نیز صحیح است اقدام به انجام یکی از این موارد می کند و البته روزه هنگامی جایز و رواست که موارد سه گانه مذکور منتفی باشد.

ابن رشد می گوید: روایت شده که پیامبر (ﷺ) در هنگام وضو گاهی یکبار و گاهی دو بار و گاهی سه بار و برخی اوقات بعضی از اعضای وضو را دو بار و برخی دیگر سه بار می شست که اختلاف آثار و روایات در این باره از نوع اختلاف تعارض نیست بلکه از نوع اختلاف تخییر و توسع است.^۲ همچنین بنابه قول صحیح، اتفاقی که برای صحابه در روز غزوه بنی قریظه رخ داد از همین قبیل است. پیامبر (ﷺ) در این روز به صحابه فرمود: «هر کس که به خداوند و روز قیامت ایمان دارد نماز عصر را فقط در بنی قریظه بخواند»^۳ اما هنگامی که نماز عصر فرا رسید صحابه دچار

۱- الترمذی، سنن الترمذی، ج ۲ ص ۸۱؛ القمی، جامع الخلاف والوافق، ص ۸۳؛ المزنی، مختصر المزنی، ص ۱۵؛ الرافعی، فتح العزیز، ج ۳، ص ۵۰۹.

۲- ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج ۱، ص ۵۶.

۳- الهیثمی، مجمع الزوائد، ج ۶، ص ۱۴۰؛ الطبرانی، المعجم الکبیر، ج ۱۹، ص ۸۰.

اختلاف شدند و عده ای از آنان نماز عصر را دراثنای سفر خواندند و گفتند: مقصود پیامبر (ﷺ) از دست دادن وقت نبوده بلکه مقصود عجله کردن است اما گروه دیگر گفتند: نماز عصر را فقط در بنی قریظه می خوانیم و به همین دلیل آن را پس از غروب آفتاب خواندند. پیامبر هنگامی که از ماجرا مطلع گردید هیچکدام ازدو گروه صحابه را مورد نکوهش قرار نداد و گروهی را تخطئه و گروهی دیگر را تصویب نکرد که این سنت تقریری پیامبر (ﷺ) بر صحیح بودن عمل هر دو گروه دلالت دارد اما برخی از علمای دین معتقدند که یکی از آن دو گروه مصیب و دیگری برخطا اما مورد عفو و مغفرت است که البته این عده از علما در تعیین گروه مصیب با یکدیگر اختلاف دارند اما قول صحیح این است که هر دو گروه مصیب اند و آنان در نماز عصر آن روز خاص، مخیر بوده اند که آن را در وقت و دراثنای راه بخوانند یا پس از وقت در بنی قریظه آن را بجا آورند زیرا پیامبر (ﷺ) هر دو گروه را تقریر و تأیید نموده است و اگر یکی از آنها برخطا بود پیامبر (ﷺ) آن را تقریر و تأیید نمی کرد و صواب را برای آنان روشن می ساخت.^۱

درباره عباداتی که به چندین کیفیت روایات شده اند یا به اصطلاح جزو اختلاف تنوع می باشند در مذهب شافعیه دوشیوه وجود دارد:^۲

۱- شیوه ترجیح با برگزیدن یکی از آن کیفیت ها که این شیوه امام شافعی است ۲- شیوه جمع میان آنها با انجام دادن آنها در اوقات مختلف و آن از جنس اختلاف مباح است. این شیوه، برگزیده ی ابن سیرج است. به عنوان مثال درباره دعای استفتاح چندین حدیث روایت شده است^۳ که امام شافعی حدیث «توجه» را به خاطر موافقتش با قرآن برگزیده است یا اختلاف درباره تعداد تکبیر در نماز جنازه که از نظر ابن سیرج عدد زاید بر چهار جزو اختلاف مباح است و همه جایز و روا

^۱ - الشوکانی، ارشاد القبول، ص ۶۷۷.

^۲ - الزرکشی، المنتور فی القواعد، ج ۲، ص ۱۴۲.

^۳ - الهیثمی، مجمع الزوائد، ج ۲، ص ۱۰۶؛ الترمذی، سنن الترمذی، ج ۲، ص ۹؛ النسائی، سنن النسائی، ج ۱، ص ۳۱۲.

است اما جمهور با او مخالفت کرده و گفته اند که خلاف در همان عصراول بوده اما سپس درباره تعداد چهار تکبیر اجماع منعقد شده است. اما اگر عمداً پنج بار تکبیر گفته شود بنا به اصح اقوال نمازش باطل نیست زیرا پنج تکبیر در حدیث صحیح ثابت شده است^۱ که البته اگر مکلف این عمل را از روی اجتهاد یا تقلید انجام داده باشد عملش صحیح است اما درغیراین صورت نمازش باطل است زیرا آن نوعی به بازی گرفتن احکام دینی است.^۲

خلاصه سخن این است که این نوع خلاف حقیقتاً اختلاف نیست زیرا هر کدام از کیفیت ها به وسیله نصوص شرعی ثابت شده است و قول یا فعلی که شارع آن را تأیید کرده است نمی توان آن را در زمره خلاف بشمار آورد زیرا همانگونه که قبلاً گفته شد اختلاف فقهی یا اجتهادی هنگامی است که درباره محل نزاع دلیل شرعی صریح وجود نداشته باشد حال آنکه در این مسائل نصوص و ادله شرعی صریح و روشن وجود دارد و بنابراین می توان گفت که این اختلاف - خلاف تنوع - در زمره مقتضیات و مظاهر رحمت بشمار می آید که باید آن را در تحقیق تکامل و وحدت میان مسلمانان به خدمت گرفت.

بند دوم: اختلاف تضاد

اختلاف تضاد آن است که اقوال پیرامون یک شیء ضد و نقیض یکدیگر باشند مانند اینکه یک رأی از جهت حکم نه فتوا قائل به حرمت یک شیء و رأی دیگری قائل به حلیت آن شیء باشد مانند نوشیدن «نبیذ» اندک که زیادی اش مستی آواراست. اما از جهت فتوا مانند اینکه انسان در حالت ضرورت و اضطراب چیزی جز «نبیذ» برای رفع تشنگی نیابد که آن در این حالت از جهت

^۱ - الترمذی، سنن الترمذی، ج ۲، ص ۲۱۶؛ البیهقی، السنن الکبری، ج ۳، ص ۲۸۵؛ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج ۱، ص ۴۸۲ -

۴۸۳؛ الهیثمی، مجمع الزوائد، ج ۳، ص ۳۴.

^۲ - الزرکشی، المنثور، ج ۲، ص ۱۴۶.

فتوا حلال است اما از جهت حکم همان حکم عام درباره «نیذ» که همان حرمت می باشد صادق و جاری است. البته این از نظر آن عده از فقهای است که قائل به حرمت نیذ می باشند.

وقوع اختلاف تضاد میان مسلمانان و اینکه از میان اقوال مجتهدین هم در اصول و هم فروع، حق یکی است و متعدد نیست^۱ بگونه ای که هر کس اجتهادش برخلاف آن باشد مخطی است حقیقتی است که قرآن و سنت و اجماع صحابه و اقوال پیشوایان فقه و فقاہت بر آن دلالت دارد و گرچه اقوال منقول از پیشوایان فقه متفاوت و گاهی ضد و نقیض است اما قول صحیح آنان وقوع این نوع اختلاف و واحد بودن حق است^۲ بگونه ای که هر کس اقوال و مناظرات آنها و تخطئه کردن اقوال مخالفان توسط آنان بطور قطع و یقین در مواردی که دلیل قطعی است و هم در مواردی که دلیل ظنی است را مورد ملاحظه و تأمل قرار دهد در حقیقت مذکور هیچ شک و تردیدی نخواهد داشت.

خداوند متعال می فرماید: (وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَخْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴿۷۸﴾ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ^۳ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا) [انبیاء / ۷۸ - ۷۹] یعنی: یاد کن داود و سلیمان را هنگامی که درباره کشتزاری که گوسفندان مردمانی شبانگهان در آن چریده و تباہش کرده بودند، داوری می کردند و ما شاهد داوری آنان بودیم. وما حل مسأله را به سلیمان فهمانیدیم و به هریک از آن دو داوری و دانش آموختیم. این آیه بیانگر این حقیقت است که اگر سلیمان و داود هر دو به حکم اصابت کرده بودند در این حالت تخصیص فهم مسأله به حضرت سلیمان بی معنا و بی مفهوم خواهد بود و از جهتی دیگر بر این حقیقت دلالت دارد که هر مجتهدی که تمام تلاش و کوشش خود را در جهت یافتن حق بکار گرفته اما در اصابت به آن، خطا کرده باشد نه تنها هیچ گناهی بر عهده اش مترتب نمی

^۱ - ابن قدامه، روضة الناظر، ص ۲۹۱.

^۲ - الزركشي، البحر المحيط، ج ۶ ص ۲۴۱.

شود بلکه بخاطر اجتهادی که کرده پاداش و ثواب می برد زیرا خداوند متعال هردو - سلیمان و داود - را مورد مدح و ستایش قرار داده و فرموده است: (وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا) [انبیاء/۷۹].

سنت نبوی نیز براین حقیقت که حق یکی است دلالت دارد. پیامبر (ﷺ) می فرماید: « هرگاه حاکم اجتهاد کند و اجتهادش به حق اصابت کند دو اجر می برد اما اگر اجتهادش به خطا رود یک اجر می برد »^۱. ابن قدامه می گوید: « این حدیث مورد قبول تمام امت است و به صراحت براین حقیقت دلالت دارد که مجتهد براساس اجتهاد خویش حکم می کند و خطا هم می کند و در حالت خطا اجر و ثوابی که می برد کمتر از اجر و ثواب مجتهد مصیب است »^۲. این حدیث بیانگر یکی بودن حق است و برخی از مجتهدین توفیق اصابت بدان پیدا می کنند و به چنین مجتهدانی مصیب گفته می شود و مستحق دو ثواب اند و برخی از مجتهدین توفیق اصابت به آن قول حق پیدا نمی کنند و به آنان مخطی گفته می شود و مستحق یک ثواب اند. و استحقاق ثواب مستلزم مصیب بودن مجتهد مخطی نمی باشد و اطلاق اسم خطا نسبت به چنین مجتهدی مستلزم برخوردار نشدن او از ثواب نمی گردد. پس هر کس بگوید: هر مجتهدی مصیب است و حق به تعدد مجتهدین، متعدّد می گردد او بطور آشکار مرتکب خطا شده و با قول صواب بطور روشن مخالفت کرده است زیرا پیامبر (ﷺ) مجتهدین را به دو گروه تقسیم کرده است: گروهی که مصیب اند و گروهی که مخطی اند. حال آنکه اگر همه مجتهدین مصیب می بودند تقسیم مذکور بی معنا و بی مفهوم خواهد بود. از سویی دیگر کسانی که گفته اند حق یکی است و مخالف با آن گناهکار است آنها هم آشکارا دچار خطا شده اند و برخلاف دلالت حدیث مذکور سخن گفته اند زیرا پیامبر (ﷺ)

^۱ - ابن حجر، فتح الباری، ج ۱۳، ص ۳۱۸؛ مسلم، صحیح مسلم، ج ۵، ص ۱۳۱؛ البخاری، صحیح بخاری، ج ۸، ص ۱۵۷؛

ابوداود، سنن ابی داود، ج ۳، ص ۲۹۷؛ الترمذی، سنن الترمذی، ج ۳، ص ۶۱۵

^۲ - ابن قدامه، روضة الناظر، ص ۲۹۵

مجتهدی که توفیق اصابت به حق را نیافته، مخطی نامیده است و او را مستحق یک اجر دانسته است.^۱ پیامبر (ﷺ) در حدیث دیگری می فرماید: « شما در نزد من اقامه دعوی می کنید و چه بسا برخی از شما از لحاظ گفتار و استدلال قویتر از دیگری باشد و براساس شنیده های خود به نفع او حکم نمایم پس اگر حق برادرش را به او داده باشم آن را برنگیرد چرا که پاره ای از آتش برای او قطع کرده ام.»^۲

حدیث پیشگفته بیانگر این است که حق یکی است و ممکن است حق صاحب حق از روی خطا به طرف دوم داده شود.

صحابه پیامبر (ﷺ) درباره واحد بودن حق اتفاق نظر دارند. آنان در بسیاری از مسائل و حوادث، خطا در حق مجتهدین را بطور مطلق بکار برده اند از جمله گفته ابوبکر - رضی الله عنه - در مسأله کلاله که فرموده است: براساس رأی و اجتهاد خودم درباره آن حکم می نمایم که اگر صواب باشد آن از خداوند است و اگر خطا باشد آن از من و شیطان است و خداوند و پیامبرش (ﷺ) از آن بیزارند. ابن عباس هم گفته است: آیا زید از خدا نمی ترسد که پسر پسر را به عنوان پسر در نظر می گیرد اما پدر پدر را به عنوان پدر بشمار نمی آورد. هر کس بخواهد در مسأله عول با او مباحله می کنم.^۳

خلاصه سخن این است که مجتهد خطا می کند و حق یکی است و مخالف حق، بر خطا و مأجور است البته اگر حق اجتهاد را ادا کرده و در جستجوی حق کوتاهی نکرده باشد. از جمله احادیث دیگری که بر یکی بودن حق دلالت دارد این قول پیامبر (ﷺ) به امیر سریه است: «اگر اهل دژی از

^۱ - الشوکانی، ارشاد الفحول، ص ۶۷۶

^۲ - ابن حجر، فتح الباری، ج ۱۳، ص ۱۷۲؛ مسلم، صحیح مسلم، ج ۵، ص ۱۲۹؛ ابوداود، سنن ابی داود، ج ۳، ص ۳۰۰؛ النسائی، سنن النسائی، ج ۳، ص ۴۷۲؛ الترمذی، سنن الترمذی، ج ۳، ص ۶۲۴؛ الهیثمی، بقیه الباحت، ص ۱۴۸؛ ابن حنبل، المسند، ج ۶، ص ۲۰۳.

^۳ - ابن قدامه، روضة الناظر، ص ۲۹۶.

تو خواستند که براساس حکم خداوند با آنان رفتار کنی این خواسته آنان را اجابت مکن زیرا تو نمی دانی آیا به حکم خداوند درمورد آنان اصابت خواهی کرد یا خیر؟^۱

اختلاف تضاد خود به دو گونه تقسیم می گردد: ۱- اختلاف مقبول و پسندیده ۲- اختلاف مردود و ناپسند.

مطلب اول: اختلاف مقبول

بسیاری از عالمان این نوع خلاف را به فروع دین یعنی اختلاف در امور عملی نه اعتقادی مقید کرده اند اما قول صحیح این است که هر خلافی که مخالف نصّ قرآن یا سنت صحیح یا اجماع یا قیاس جلی نباشد چه آن خلاف در ارتباط با امور عملی و فروع فقهی باشد یا مسائل علمی و اعتقادی، آن جزو خلاف مقبول است.^۲ شاید علت اینکه علما مخالف در مسائل اصول اعتقادی را مبتدع بشمار آورده اند این باشد که مسائل اعتقادی که خلاف درباره آنها جایز و مقبول است و درباره آنها دلیل ظاهر و آشکار وجود ندارد بسیار نادر می باشند زیرا درباره بیشتر مسائل اعتقادی دلیل قطعی از قرآن یا سنت وجود دارد و اجماع صحابه و علمای سلف در مورد آن هم واضح و روشن است و به همین اعتبار است که مخالف در مسائل اصول اعتقادی، مقصر و مستحق عقاب دنیوی و اخروی است اما در مسائل عملی به دلیل آنکه درباره بسیاری از آنها دلیل قطعی وجود ندارد علما خلاف پیرامون آنها را در زمره خلاف مقبول و مخالف در آنها را غیر گناهکار بشمار آورده اند.

بنابراین مبنای تقسیم خلاف تضاد به خلاف مقبول و خلاف مردود این نیست که مسأله خلاف جزو مسائل علمی یا عملی، اصلی یا فرعی باشد. به عبارتی دیگر این نیست که اگر مسأله جزو فروع است خلاف در آن مقبول است اما اگر جزو مسائل علمی و اعتقادی باشد خلاف درباره آن

^۱ - مسلم، صحیح مسلم، ج ۵، ص ۱۴۰؛ الترمذی، سنن الترمذی، ج ۴، ص ۱۳۸؛ ابوداود، سنن ابی داود، ج ۳، ص ۳۸؛

النووی، شرح صحیح مسلم، ج ۱۲، ص ۳۹؛ المبارکفوری، تحفة الاحوذی، ج ۵، ص ۲۰۲.

^۲ - برهامی، فقه الخلاف، ص ۲۳؛ نزّال، شرعیة الاختلاف بین المسلمین، ص ۳۸-۳۹.

مذموم است بلکه مبنای تقسیم به وجود نص یا اجماع وامکان ساخت آن برای کسی که توان شناخت داشته باشد و در آن کوتاهی کرده و در نتیجه گناهکار بشمار می آید، برمی گردد چه آن مسأله جزو اصول اعتقادی باشد یا فرعی و عملی.

این مبنا درباره بسیاری از اصول اساسی و اعتقادی مانند ایمان به پروردگار، اسامی و صفات خداوند، ربوبیت و الوهیت، فرشتگان، کتابهای آسمانی، پیامبران، روز آخرت، قضا و قدر، ایمان و کفر و وعد و وعید و همچنین درباره بسیاری از احکام و مسائل فقهی، صادق است. درباره مسائل و احکام فقهی باید گفت که درباره اکثریت فروع فقهی یا دلیل قطعی نیست و یا اینکه هرکسی توانایی شناخت و دستیابی به آن را ندارد که در این حالت شخص غیر قادر بر شناخت و دستیابی به دلیل پس از بکارگیری تمام تلاش و کوشش خود به اتفاق همگان مقصر و گناهکار بشمار نمی آید.

اما تقسیم مسائل به اصول دین و فروع دین و اساس و مبنا قراردادن آن در اعتبار یا عدم اعتبار خلاف و در نظر گرفتن این تقسیم بندی در هنگام رفتار و نوع موضع گیری نسبت به شخص مخالف بدون لحاظ قراردادن وجود دلیل قطعی در مسأله خلاف نه تنها این مبنا صحیح نیست بلکه دارای خطرات زیاد و مخالف شیوه پیشوایان دین و سلف صالح است. ابن تیمیه می گوید: «فرق قائل شدن میان مسائل اصول اعتقادی و مسائل فروع هیچ اصل و اساسی در نزد صحابه و تابعین و پیشوایان دین نداشته است. فرق نهادن میان مسائل اعتقادی و مسائل عملی روشی است که از معتزله و دیگر فرقه های اهل بدعت گرفته شده است و بسیاری از فقها آن را در کتابهای خود ذکر کرده اند. فرق مذکور دارای تناقض است و به کسی که قائل به چنین فرقی است می گوئیم: حد و مبنا در مسائل اعتقادی که به موجب آن، شخص مخطی کافر بشمار می آید چیست؟ و حدفاصل میان مسائل فروع و اصول کدام است؟ اگر بگوئیم: مسائل اصول همان مسائل اعتقادی است و مسائل فروع همان مسائل عملی است در جواب می گوئیم: علما درباره اینکه آیا پیامبر (ﷺ) پرودگارش را دیده است یا خیر؟ ۰۰۰ و به همین ترتیب در بسیاری از معانی قرآن، تصحیح برخی از احادیث که همه جزو مسائل اعتقادی و علمی است با یکدیگر اختلاف کرده اند و به اتفاق همگان اختلاف درباره

آنها موجب کفر نیست حال آنکه وجوب نماز و زکات و روزه و حج و تحریم فواحش و خمر همه جزو مسائل عملی و فرعی است و منکر آنها به اتفاق کافر بشمار می آید. حال اگر بگوید: مقصود از مسائل اصول مسائل قطعی است در جواب می گوئیم: بسیاری از مسائل عملی قطعی هستند و بسیاری از مسائل علمی قطعی نیستند. دیگر آنکه قطعی یا ظنی بودن مسائل یک امر نسبی است و چه بسا یک مسأله از نظر یک شخص قطعی باشد بدلیل ظهور دلیل قطعی درباره آن مانند اینکه پیرامون آن مسأله حدیثی از پیامبر (ﷺ) شنیده و مراد از آن حدیث را بطور یقینی فهمیده باشد اما همان مسأله از نظر شخصی دیگر نه تنها قطعی نیست بلکه ظنی هم نیست بدلیل عدم اطلاع از نص یا عدم ثبوت نص از پیامبر (ﷺ) یا عدم توانایی او در شناخت و آگاهی از دلالت نص.^۱

پس اختلاف مقبول آن است که مخالف نص قرآن یا سنت یا اجماع یا قیاس جلی نباشد و مقصود از نص در این مبحث نص در اصطلاح علم اصول است یعنی فقط احتمال یک معنا داشته باشد و از آن نتوان اجتهادهای متعدد برداشت کرد و مقصود فقط وجود حدیث یا احادیث درباره مسأله نیست زیرا چه بسا ممکن است درباره مسأله حدیثی وجود داشته باشد اما دلالت آن احتمالی باشد و بنابراین با وجود احتمال و تصحیح و تضعیف حدیث که محل نظر و اجتهاد است در مسأله محل نزاع نصی وجود نخواهد داشت. و همین اختلاف مقبول است که بر مبنای میزان عدل انجام می گیرد و با حکم خاصی در تعارض نمی باشد و به عنوان ابزاری برای مصلحتی که شارع آن را معتبر ندانسته مورد استفاده قرار نمی گیرد مانند الحاق شبیه به مشابه به دلیل اشتراک هردو در معنایی که مقتضی اشتراک آن دو در حکم است و همین نوع از خلاف است که مورد تأیید شارع است و یاران پیامبر (ﷺ) بدان عمل کرده اند^۲ و موجب جمع کلمه و ایجاد وحدت می گردد. اختلافی که مسأله ی محل نزاع را از تمام جوانب به بحث می کشاند و روایات پیرامون آن را

^۱ - ابن تیمیه، مجموع الفتاوی، ج ۲۳، ص ۳۴۶ - ۳۴۷.

^۲ - العصری، اختلاف الفقهاء، ص ۹۹.

مورد ارزیابی قرار می دهد و میان ادله و دلالت آنها موازنه برقرار می سازد تا آنکه یک رأی یا دیدگاهی برگزیده شود که البته این رأی یا نظر موجب فهم بیشتر مسأله محل بحث برای دیگران می شود و آنان را با جنبه های مختلف آن آشنا می سازد بدون آنکه مخالفان را به پذیرش آن رأی به عنوان آخرین راه حل بگونه ای که مخالفت با آن جایز نیست، وادارد.^۱

سبب این نوع از اختلاف مسائل و مبانی فکری است که ریشه اصلی آنها به اختلاف نظر درباره آن مسائل برمی گردد خواه آن مسأله، علمی باشد مانند اختلاف در برخی از مسائل عقیدتی یا مسأله عملی مانند اختلاف در فروع شریعت که این اختلاف از اختلاف در زوایه نگرش افراد به آن مسائل ناشی می شود و البته که جنبه های فطری و عقلی افراد و تأثیر زمان و مکان بر نوع نگاه افراد به این مسائل بی تأثیر نیست و گرچه تبیین اسباب اختلاف فقها نیاز به تحقیق مفصل و از حوصله ی این بحث خارج است اما شایسته است در اینجا اسباب کلی موجب اختلاف مذکور مطرح گردد تا خواننده نسبت بدانها آگاه باشد. بنابراین می توان اسباب خلاف مقبول را در مورد زیر خلاصه کرد:

۱- شارع دلیل قطعی در هر مسأله ای قرار نداده بلکه برعکس دلیل ظنی که محل بحث و اجتهاد و اظهار نظر است قرارداد است و طبیعی است که با توجه به اختلاف روشها و نگرشها، اختلاف در فهم پدید آید. حقیقت مذکور با توجه به استقرای ادله شرعی و فروع فقهی مورد اختلاف علما جزو مسلمات است و جای انکار نیست.

۲- تفاوت توانایی انسانها در بحث و اجتهاد. چه بسا آنچه که در حیطه توانایی کسی باشد از عهده توانایی و استعداد دیگران بیرون باشد و هر شخصی به مقدار توانایی و وسع خود مکلف است. (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) [بقره / ۲۸۶].

^۱ - محمود عبداللطیف، الاختلافات الفقهية، ص ۲۱.

۳- تفاوت انسانها در فهم و ادراک. خداوند انسانها را از لحاظ فهم و ادراک متفاوت آفریده است و آنان را از این لحاظ نسبت به یکدیگر برتری داده است و چه بسا آنچه که فلان شخص می فهمد شخص دیگری آن را نفهمد و آنچه که برخی آن را ببینند از دیدۀ دیگران پنهان بماند که قرآن کریم به همین مسأله اشاره دارد آنجا که می فرماید: (فَفَهَّمْنَهَا سُلَيْمَنَ) [انبیاء / ۷۹]. خداوند متعال در این آیه فهم مسأله را به حضرت سلیمان - علیه السلام - اختصاص داده و بیان کرده که او حکم مسأله را فهمیده است.

۴- اختلاف در برنامه و شیوه تعلیم و تعلّم میان عالمان . خداوند متعال انسانها را به گونهای سرشته است که از آنچه در دوران نخست یاد می گیرند متأثر شوند.

شناخت این اسباب و عوامل در نوع موضعگیری نسبت به این نوع از اختلاف بسیار ضروری است و اگر این حقیقت که زایل ساختن اسباب مذکور ممکن نیست مد نظر قرار بگیرد به این نتیجه خواهیم رسید که اجتهاد در شناخت قول صحیح در مسائل خلاف و ترجیح یکی از اقوال بر اساس فهم و توان علمی شخصی و بر حسب قدرت و توانایی در نظر و بحث و اجتهاد، موجب بی اعتبار و باطل کردن دیگر اجتهادها در مساله نمی گردد و مسأله را از دایرۀ مسائل اجتهادی خارج نمی سازد و بنابراین ناراحتی و نگرانی و دلگیری در میان اهل علم بدنبال نخواهد داشت . این نگرش برعکس تصورات آن عده ای است که همیشه از قول راجح سؤال می کنند و می پندارند که در هر مسأله اجتهادی بطور مطلق قول راجح وجود دارد حال آنکه آنها این حقیقت را دریافته اند که آن رأی راجح از نظر فلان شخص راجح است اما از نظر دیگران مرجوح است. البته هیچ شکی وجود ندارد که سؤال کردن از قول و دلیل راجح و عمل کردن بدان امر پسندیده ای است و بیانگر ورع و عدم توجه شخص نسبت به تعدد آراء و اقوال است اما آنچه که در اینجا حائز اهمیت می باشد نگاه ژرف به فرهنگ سازی فقه خلاف است که از جمله این فرهنگ سازی احترام به رأی مخالف و رعایت ادب خلاف و بالاتر از همه مراعات خلاف در مقام اجتهاد و در مقام عمل است

تا بدین ترتیب مسأله خلاف توسط برخی از کینه توزان و آنهایی که حقیقت اختلاف در شریعت را نفهمیده اند مورد سوء استفاده شخصی و گروهی و حزبی قرار نگیرد با اینکه شیوه پیشوایان فقه و سلف صالح برخلاف گمان و پندار این اشخاص است. علاوه بر آن، شناخت اسباب خلاف مقبول و عدم امکان زایل ساختن آن ما را به این حقیقت می‌رساند که تلاش در جهت تحمیل یک رأی به مردم و تمام امت تلاش بیهوده و برخلاف راه و رسم پیشوایان دین است و موضعگیری امام مالک - رحمه الله - در برابر خواسته ابوجعفر منصور درباره واداشتن مردم به عمل کردن به کتاب «الموطأ» بزرگترین گواه است. پس در مسائل خلاف آنچه حائز اهمیت است رعایت آداب خلاف و پایبند بودن به پایه های اخلاقی آن از جمله: داشتن اخلاص و پیروی نکردن از هوا و هوس، آزاد بودن از بند تعصب نسبت به مذهب و طایفه و اشخاص، حسن ظن به دیگران، پرهیز از جریحه دار کردن عواطف مخالفین، پرهیز از حبّ غلبه در مجادله و شدت در خصومت، بحث کردن به نیکوترین شیوه و مجادله به روش احسن و مهمتر از همه این موارد که حکایت از رعایت تمام آداب خلاف است مراعات خلاف در مقام اجتهاد و افتاء است.

از جمله نمونه ها و شواهد اختلاف مقبول در امور اعتقادی و علمی با اینکه چنین اختلافی بسیار نادر است و به برخی از جزئیات و تفصیل اصول اعتقادی برمی گردد اختلاف در رؤیت خداوند در آخرت، اختلاف در تفسیر برخی از آیات قرآن کریم از جمله آیه: (وَلِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ فَأَيْنَمَا تُولُّوا فَثَمَّ وَجْهُ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ وَاسِعٌ عَلِيمٌ) [بقره ۱۱۵]، اختلاف در مورد عصمت پیامبران از گناهان صغیره غیر حسّت بار است اما خلاف مقبول در امور عملی و فقهی غیر قابل شمارش است که در اینجا به برخی از مسائل گریبانگیر همه اشاره می شود. اختلاف در بسیاری از امور وضو مانند وجوب مضمضه، استنشاق یا استحباب آندو، وجوب ترتیب در وضو یا استحباب آن، قرائت فاتحه پشت امام بویژه در نماز جهریه، جلسه استراحت، بطلان یا کراهت نماز در مساجدی که بر روی قبر ساخته شده اند، اختلاف در وقوع طلاق معلق، اختلاف در طلاق

ثلاثه با یک لفظ، وجوب یا استحباب پوشاندن صورت زن در برابر بیگانگان، وجوب یا استحباب نقاب، اختلاف در مورد عکس فتوگرافی، اختلاف در باره گوشت‌های وارداتی از کشورهای غیر اسلامی و موارد بیشمار دیگر.

شایسته یادآوری است که مقصود از جواز و مقبول بودن خلاف در مسأله اجتهادی هرگز بدین معنا نیست که شخص براساس تشهّی و خواسته نفس خویش هرکدام از اقوال را که بپسندد، برگزیند زیرا این شیوه افراد لایابالی است و عالمان دین همگان اتفاق نظر دارند که تتبع رخصت های مذاهب هرگز جایز نیست چه رسد به خطاها و لغزشها، و انحرافات آنان.^۱ و بنابراین امرواجب برهرمکلف در قبال مسائل خلاف مقبول با توجه به رتبه و پایه علمی اشخاص به قرار زیر است:

۱- در حق عالم مجتهد بحث و اجتهاد و جمع ادله و نظر در دلیل راجح و عمل کردن و فتوادادن به قولی که از نظرش راجح است واجب است و چه زیبا است که در هنگام اجتهاد و افتاء به وجود خلاف در مسأله اشاره نماید و اگر رأی مخالف قوی باشد آن را مراعات کند.

۲- در حق طالب علم - متّبع - و قادر بر ترجیح واجب است که به قول عالمی که دلیلش برای او ظاهر و نمایان است عمل کند.

۳- بر عامی مقلّد و ناتوان از شناخت قول راجح، لازم است که از میان عالمان از کسی که مطمئن تر و عالمتر و باعدالت است استفتا کند^۲ و بدان عمل کند و البته نقل آن رأی برای دیگران بدون الزام آنان به عمل کردن بدان و بدون سرزنش مخالفان، جایز است.

^۱ - ابن عبدالبر، جامع بیان العلم و فضله، ج ۲، ص ۹۲.

^۲ - الاسنوی، التهمید فی تخریج الفروع علی الاصول، ص ۶۵۷؛ الآمدی، الاحکام فی اصول الاحکام، ج ۴ ص ۴۵۳؛ ابوالنور،

اصول الفقه، ج ۴، ص ۲۱۵.

بنابراین آنچه که امروزه بسیاری از معاصرین در رابطه با خلاف مقبول یا غیر مقبول انجام می دهند ورأی موافق هوای نفس خود را برمی گزینند و بسیاری از منسویین به علم و دانش بدان مبادرت می ورزند و برخی دیگر به جواز تلفیق میان مذاهب فتوا می دهند بدون در نظر گرفتن ادله و اجتهاد و فقط به صرف موافقت آن رأی با آنچه که آن را مصلحت یا آسان گیری نسبت به مردم می پندارند یا بدین استدلال می کنند که پیامبر (ﷺ) هروقت میان دو امر مخیر می شد امر آسان را برمی گزید، این شیوه و نوع نگاه ناشی از جهل است و با اجماع عالمان امت مخالف است همانگونه که ابن عبدالبر آن را نقل کرده است.^۱ زیرا اختیار امر آسانتر راجع به اموراختیاری است حال آنکه اگر مسأله میان حرام و حلال یا واجب و مندوب و ... دایر باشد در این حالت لازم است که با توجه به رتبه علمی افراد به ترجیح و اجتهاد مبادرت ورزید و خروج از خلاف که مورد اتفاق مذاهب اهل سنت در اولویت قرار دارد. ابن قدامه می گوید: «برخی از اهل علم گفته اند که نظریه ی عدم تقسیم اجتهاد به خطا و صواب نظریه ای است که آغازش سفسطه و آخرش زندقه است زیرا طبق این نظریه یک شیء همراه با نقیض آن در ابتدا به عنوان حق قلمداد می شود اما در آخر، هنگام تعارض ادله مجتهدین را میان دو نقیض مخیر می سازد و از بین مذاهب آنکه گواراتر و آسانتر است برمی گزینند».^۲

ابن عبدالبر می گوید: «در نزد هیچکس از فقهای امت که آنها را می شناسم، اختلاف حجت نمی باشد مگر در نزد آنانی که بصیرت و شناخت ندارند و قولشان حجت نیست. مزنی می گوید: کسی که قائل به جواز اختلاف است و می پندارد که اهل علم هرگاه در حادثه ای اجتهاد نمایند و برخی بگویند آن حلال است و عده ای دیگر بگویند آن حرام است، همه مجتهدین که تلاش و کوشش خویش را بکار گرفته در اجتهادشان به حق اصابت کرده اند می گوئیم: این سخن بر یک

^۱ - ابن عبدالبر، جامع بیان العلم، ج ۲، ص ۹۲؛ ابوزید، المدخل، ج ۱، ص ۹۸.

^۲ - ابن قدامه، روضه الناظر، ص ۲۹۷.

اصل استوار است یا براساس قیاس؟ اگر بگویید بربیک اصل استوار است می‌گوییم چگونه می‌تواند اصل باشد حال آنکه قرآن به عنوان اصل، خلاف را انکار و نفی می‌سازد؟ و اگر بگویید براساس قیاس استوار است می‌گوییم: اصول چگونه می‌تواند خلاف را نفی کند و درعین حال جایز باشد که جواز خلاف بر آنها قیاس گردد؟ این مسأله مورد قبول هیچ عاقلی نیست چه رسد به یک عالم. علاوه بر آن، به این شخص می‌گوییم: مگر این نیست که هرگاه دو حدیث مختلف از پیامبر (ﷺ) در یک معنا ثابت گردد بگونه‌ای که یکی مسأله راحلال و دیگری آن را حرام می‌سازد و در کتاب خداوند یا سنت پیامبر (ﷺ) دلیلی بر اثبات یکی از آنها و نفی دیگری وجود نداشته باشد آیا نه این است که آنچه دلیل آن را اثبات می‌کند ثابت می‌ماند و دیگری باطل شده و حکم بدان نیز باطل می‌باشد؟ و اگر دلیل راجع به یکی از آن دو خفی و نامعلوم و حالت آن دو مبهم و غیر روشن باشد آیا این نیست که توقف واجب می‌گردد؟ اگر او بگوید: آری - و چاره‌ای جز تصدیق ندارد و گرنه با جماعت عالمان مخالفت کرده است - به او می‌گوییم: چرا این شیوه را در مورد آرای عالمان مخالف یکدیگر اعمال نمی‌کنی و آن قولی که دلیل آن را اثبات می‌سازد ثابت نمی‌کنی و آنچه که به موجب دلیل، باطل است باطل نمی‌کنی؟^۱

خلاصه سخن آنکه استدلال به خلاف در جواز یا عدم جواز یک فعل فاقد صحت است زیرا خلاف حجت شرعی نیست تا مبنای جواز یک فعل قرار بگیرد و تنها راهکار در این باره همان بکارگیری شیوه‌های ترجیح میان ادله در صورت تعارض است زیرا اقوال عالمان در حقیقت ناشی از تعارض ادله آنها است و قول بدون دلیل قول نیست و تعارض اقوال عالمان نسبت به یک عامی همچون تعارض ادله نسبت به یک مجتهد است.

^۱ - ابن عبدالبر، جامع بیان العلم و فضله، ج ۲ ص ۸۹

مطلب دوم: خلاف مردود و مذموم

بسیاری از اهل علم این نوع اختلاف را اختلاف در اصول - عقاید - دانسته اند اما قول صحیح این است که هر اختلافی که مخالف نصّ قرآن یا سنت یا اجماع یا قیاس جلی باشد آن اختلاف، مذموم است حال چه در مسائل اعتقادی و علمی یا در امور عملی و فقهی باشد زیرا در بسیاری از مسائل فروع یعنی احکام فقهی، نصوص قرآن یا سنت یا اجماع وجود دارد و مخالفت با آنها کفر است و چه بسا شخص مخالف در آنها به بدعت نسبت داده شود مانند انکار مسح بر خفین یا قول به جواز متعه. این نوع از اختلاف بنا به دلایل زیر مذموم و قابل نکوهش است:

۱- خداوند متعال می فرماید: (وَأَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا ...) [آل عمران ۱۰۳/] یعنی: همگی به رشته ناگستنی خدا چنگ زنید و پراکنده نشوید و نعمت خدا را برخورد به یاد آورید بدانگاه که دشمن همدیگر بودید و خدا میان دلهایتان پیوند داد پس در پرتو نعمت او برای هم برادرانی شدید. ابن کثیر می گوید: خداوند در این آیه مسلمانان را به جماعت دستور داده و آنان را از تفرقه و دو دستیگی نهی کرده است.^۱

۲- از ابوهریره - رضی الله عنه - روایت شده که پیامبر (ﷺ) فرموده است: «پروردگار از سه چیز شما راضی و خرسند است و از سه چیز شما خشمگین است: خداوند از اینکه او را عبادت کنید و شریکی برای او قرار ندهید و همگی به ریسمان خداوند چنگ بزنید و پراکنده نشوید و ولی امر خود را پند و اندرز دهید از شما راضی و خرسند است اما بگومگوهای بیهوده و سوال های زیاد نابجا و تباه ساختن اموال توسط شما را نمی پسندد».^۲ امام بخاری در کتاب «اعتصام به کتاب و

^۱- الصابونی، مختصر تفسیر ابن کثیر، ج ۱ ص ۳۰۴.

^۲- ابن حنبل، المسند، ج ۲، ص ۳۶۷؛ الهیسی، مجمع الزوائد، ج ۱، ص ۱۴۱؛ البخاری، الادب المفرد، ص ۹۹.

سنت « روایت کرده که پیامبر (ﷺ) فرموده است: « هر کس عملی برخلاف دین ما انجام دهد آن مردود و باطل است ».^۱

بنابراین خلاف مذموم و مردود آن رأی است که پیامبر (ﷺ) و صحابه آن را مورد ذم و نکوهش قرار داده اند و آن رأی است که از هوای نفس یا جهل و عدم توجه به قواعد کلی دین صادر می شود مانند اجتهادی که حرام را حلال و حلال را حرام سازد و یا اینکه مصلحتی که شارع آن را ملغی و بی اعتبار بشمار آورده آن را معتبر بداند و یا اینکه یک شیئی را به یک شیء دیگر بخاطر اشتراک آن دو در امری که شایستگی علت حکم را ندارد الحاق سازد مانند قیاس کردن ربا به بیع بدلیل اشتراک آن دو در مبادله مبتنی بر تراضی که برای هردو طرف سود به همراه دارد و یا حکم کردن به حلّیت خمر با قیاس کردن آن به آب به دلیل اشتراک آن دو در جاری بودن و آراء و اجتهادات دیگری که شرعاً مردود و مذموم می باشند.^۲ این اختلاف است که موجب تفرقه و پراکندگی می گردد و از چهار جوب فکری و نظری شریعت بیرون است بگونه ای که دیگران را ملزم به تبعیت و پیروی از آن وامی دارد و بر همین اساس، رفتارها و کردارهای مشخصی تعیین می کند و وحدت و یکپارچگی امت اسلام را به خطر می اندازد و به چالش می کشاند و سلامت و یکپارچگی مسلمانان را تهدید می کند.^۳

شایسته یادآوری است که دلایل دال بر مذمت تفرقه و دودستگی و اختلاف مذموم، دین - قرآن و سنت - را به مسائل اصول و فروع تقسیم بندی نکرده تا مدح و ذم براساس آن صورت بگیرد بلکه هر چه که قرآن و سنت آن را بطور کامل و روشن بیان کرده اند و در فهم آن هیچ مجالی برای اجتهاد نگذاشته اند مخالفت با آن مذموم است. بنابراین ملاک و معیار، بیان و وضوح دلیل و

۱- ابن حنبل، المسند ج ۶، ص ۱۸۰؛ ابوداود، سنن ابوداود، ج ۴، ص ۲۰۰؛ البخاری، صحیح بخاری، ج ۳ ص ۲۴.

۲- العصری، اختلاف الفقهاء ص ۹۹؛ الغضری، تاریخ التشريع الاسلامی، ص ۷۵.

۳- عبداللطیف محمود، الاختلافات الفقهیه، ص ۲۱؛ نزّال، شرعیة الاختلاف بین المسلمین، ص ۳۵-۳۸.

اطلاع یافتن مکلف از آن است. علاوه بر آن، از عموم و اطلاق ادله مذکور این حقیقت روشن می شود که تمام مکلفین در این باره مساوی و برابرند. به بیانی دیگر هرگاه بیان قرآن یا سنت یا اجماع اهل علم به شخص مکلف برسد او در مخالفت کردن با آن معذور نیست چه او عالم باشد یا جاهل و عامی و گرچه گناه شخص عالم بیشتر و شدیدتر است. و شخص جاهل نیز اگر پس از اطلاع یافتن از بیان قرآن یا سنت یا اجماع اهل علم به مخالفت با آن اقدام کند او در این مخالفت معذور نیست حال این مخالفت چه از روی ظن خودش صورت گرفته یا بواسطه تقلید از یکی از عالمان دین زیرا در غیر این صورت هیچ اهل بدعتی بخاطر بدعتش نباید مورد نکوهش قرار بگیرد زیرا همه آنان جاهل و نادان هستند و می پندارند که برحق اند یا از کسانی پیروی می کنند که گمان می کنند آنها اهل علم و دین می باشند، پس ذم و نکوهش اهل بدعت و پیروان آنان و استحقاق مجازات دنیوی و اخروی بخاطر چیست؟ آیا بدین خاطر نیست که آنها پس از اطلاع یافتن از حق، کوتاهی و تقصیر کرده اند؟ امام شافعی می گوید: «مسلمانان اتفاق نظر دارند مادام که سنت پیامبر (ﷺ) برای کسی روشن شده است برای او جایز نیست که آن را ترک نماید»^۱.

مهمترین اسباب خلاف مذموم به شرح زیر است:^۲

۱- خودخواهی و تجاوزگری و دنیاپرستی:

از مهمترین اسباب اختلاف مذموم، گردن کشی، خودخواهی و رقابت بخاطر دنیا است. مانند اختلاف یهود و نصاری؛ آنانی که دنیاطلبی و خودخواهی علیرغم وضوح طریق و روشنی حجت بر آنها غلبه کرد و متفرق شدند چنانکه خداوند می فرماید: (كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا

^۱- الشافعی، الرسالة، ص ۱۳۱.

^۲- القرنی، فقه الخلاف، ص ۳۱.

أَخْتَلَفُوا فِيهِ^۱ وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ إِلَّا الَّذِينَ أُوتُوهُ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَاتُ بَغْيًا بَيْنَهُمْ... [بقره ۲۱۳] یعنی: مردم یک دسته بودند پس خداوند پیامبران را برانگیخت تا بشارت دهند و بترسانند و کتابی که مشتمل برحق بود و به سوی حقیقت دعوت می کرد برآنان نازل کرد تا درمیان مردم راجع به آنچه اختلاف می ورزیدند داوری کند، در کتاب تنها کسانی اختلاف ورزیده اند که در دستریشان قرارداد شده بود و به دنبال دریافت دلائل روشن از روی کینه توزی و ستمگری اختلاف کردند. پروردگار متعال در آیه دیگری می فرماید: (وَمَا تَفَرَّقُوا إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمْ

الْعِلْمُ بَغْيًا بَيْنَهُمْ^۲ وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى لَفُضِّىَ بَيْنَهُمْ) [شوری / ۱۴]. آیات مذکور به صراحت بیانگر این هستند که تکبر و خودخواهی و رقابت بخاطر دنیا و پُست و مقام و دیگر اغراض دنیوی است که به تجاوزگری و ستمگری می انجامد.

پیامبر (ﷺ) می فرماید: ^۱ «از فقر بر شما نمی ترسم بلکه ترس من از این است که دنیا به شما رو کند و بخاطران به رقابت بپردازید و شما را هلاک سازد همانگونه که اقوام پیش از شما بخاطر دنیا با یکدیگر رقابت کردند و آنان را هلاک ساخت».

این فرمایش پیامبر (ﷺ) به صراحت بیانگر این است که دنیا پرستی و رقابت بخاطر جاه و مقام و تعدی و تجاوزگری یا به اصطلاح «بغی» از بزرگترین اسباب تفرقه و هلاکت و بدبختی و اختلاف مذموم است.

۲- نادانی و جهل:

از دیگر اسباب خلاف مذموم، جهل و نادانی است. پیامبر (ﷺ) می فرماید: ^۲

^۱ - البخاری، صحیح بخاری، ج ۴، ص ۶۳؛ الهیثمی، مجمع الزوائد، ج ۳، ص ۱۲۱؛ الطبرانی، المعجم الکبیر، ج ۱۷، ص ۲۵؛ الالبانی، ارواء الغلیل، ج ۹-۵.

^۲ - ابن حجر، فتح الباری، ج ۱۳، ص ۲۸۲؛ الترمذی، سنن الترمذی، ج ۵، ص ۳۰؛ الدارمی، سنن الدارمی، ج ۱، ص ۷۷.

« خداوند علم و دانش را پس از اینکه به شما ارزانی داشته از شما بر نمی گیرد اما آن را با مرگ عالمان از میان شما بر می گیرد و هرگاه عالمان را بمیراند مردم مسئولانی نادان انتخاب می کنند و آن رؤسای نادان بدون علم و دانش فتوا می دهند و در اثر این فتوا خود و دیگران را گمراه می سازند».

خداوند متعال در آیات بشماری جهل و نادانی را نشانه کافران و منافقان بشمار آورده است. چنانکه می فرماید: (وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلِمَ اللَّهِ ثُمَّ ابْلِغْهُ مَأْمَتَهُ^۱ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ) [توبه / ۶] یعنی : ای پیغمبر! اگر یکی از مشرکان از تو پناهندگی طلبید او را پناه بده تا کلام خداوند را بشنود و سپس او را به محل امن و منزل قوم خودش برسان. این پناه دادن بدان خاطراست که مشرکان مردمان نادان هستند و درجایی دیگر می فرماید: (وَلَكِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَا يَعْلَمُونَ) [منافقون / ۸] و (وَلَكِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَا يَفْقَهُونَ) [منافقون / ۷].

پیامبر (ﷺ) در حدیث دیگری مسلمانان را در صورت بروز اختلاف به پناه بردن و چنگ زدن به سنت وی و سنت خلفای راشدین دستور داده است. او می فرماید: « هر کس از شماها زنده بماند اختلاف زیادی خواهد دید پس در این حالت به سنت ام و سنت خلفای راشدین هدایتگر پس از من با چنگ و دندان، تمسک بجوید و از امور و مسائل نو و بدعت پرهیزید زیرا هر بدعت و نوآوری در دین مایه گمراهی است».

۳- داعیان به سوی گمراهی:

^۱ - ابن حبان، صحیح ابن حبان، ج ۱ ص ۱۳۹ ؛ ابوداود، سنن ابوداود، ج ۴، ص ۲۰۰ ؛ الحاکم، المستدرک، ج ۱، ص ۳۱۹ ؛

الطبرانی، المعجم الاوسط، ج ۱ ص ۶۹

از دیگر اسباب خلاف مذموم داعیان بسوی گمراهی است. پیامبر (ﷺ) در حدیث حذیفه مسلمانان را از این سبب آگاه ساخته است. حذیفه هنگامی که مشغول سؤال کردن درباره خیر و شر از پیامبر (ﷺ) بود سؤال کرد: «ای پیامبر خدا، ما در جاهلیت و شر بودیم آیا پس از این خیر- اسلام - شرّی نیز خواهد بود؟» پیامبر (ﷺ) فرمود: آری، داعیانی بسوی درهای جهنم خواهند آمد که هر کس دعوت آنان را اجابت کند او را در جهنم سرنگون می سازند، حذیفه گفت: ای رسول خدا (ﷺ) آنان را برای مان توصیف کن. پیامبر (ﷺ) فرمود: آنان از شما هستند و با زبانان سخن می گویند^۱. ابن حجر می گوید: «مقصود از عبارت «هم من جلدتنا» یعنی آنها هم دین و هم زبان شما هستند. قابسی می گوید: مقصود این است که آنان در ظاهر، هم دین ما هستند اما در باطن مخالف ما می باشند»^۲.

۴- تعصب کورکورانه نسبت به عناوین و اشخاص و مذهب:

این سبب از جمله خطرناک ترین اسباب خلاف مذموم است. چه بسیار کسانی که به جای دعوت کردن به سوی قرآن و سنت و حق به اسامی و عناوین و اشخاص دعوت می کنند و تعصب می ورزند. حال آنکه پیامبر (ﷺ) مسلمانان را از دعوت جاهلی بر حذر داشته است و هنگامی که مهاجرین و انصار با یکدیگر مشاجره کردند و مهاجرین بانگ ای مهاجرین سردادند و انصار از سویی دیگر ندای ای گروه انصار سر بردادند پیامبر (ﷺ) خطاب به آنان فرمود: «آیا به سوی دعوت جاهلیت فرا می خوانید در حالیکه من در میان شما هستم، آن را به کناری بنهید که آن دعوتی فاسد و گندیده است»^۳ و این در حالی است که عنوان مهاجرین و انصار از والاترین عناوین و اسامی و از جمله القابی است که خداوند متعال در قرآن و پیامبر (ﷺ) درست آن را مورد مدح

^۱ - ابن حجر، فتح الباری، ج ۱۳، ص ۳۵؛ مسلم، صحیح مسلم، ج ۶، ص ۲۰؛ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۱۳۱۷.

^۲ - ابن حجر، فتح الباری، ج ۱۳ ص ۳۶

^۳ - البخاری، صحیح البخاری، ج ۴ ص ۱۶۰؛ مسلم، صحیح مسلم، ج ۸ ص ۱۹؛ الالبانی، ارواه الغلیل، ج ۸ ص ۹۸.

وستایش قراردادده اند ولی با این وجود هنگامی که این اسامی و عناوین به رمز و شعاری برای ستیزه جویی و گردن کشی تبدیل شدند آنها نماد فراخوان به سوی جاهلیت بشمار آمدند. تعصب کورکورانه به عناوین و اشخاص و مذاهب یکی از معضلات مسلمانان در عصر حاضر است و چه بسیار کسانی اند که به جای اینکه مردم را به حق و حقیقت فراخوانند آنان را به سوی جماعت معین و فلان عالم یا فلان مذهب و ... دعوت می کنند و در این باره تعصب به خرج می دهند و بدین ترتیب به اسباب اختلاف مذموم می افزایند.

شایسته یادآوری است که انتساب به عناوین معین مانند انتساب به فلان سرزمین یا عالم یا مذهب شرعاً بلا اشکال است و پیامبر (ﷺ) هنگامی که ملاحظه کرد دعوت به سوی جاهلیت میان مهاجرین و انصار سربرآورده است ایشان آن مشکل را با تحریم انتساب به آن اسامی و عناوین حل و فصل نکرد بلکه آنان را از حقیقت دعوت جاهلی یعنی تعصب به اسامی و عناوین بدون شناخت حق، بر حذر و آگاه ساخت. دیگر آنکه عالمان دین پیوسته خود را به مناطق و زادگاه خویش منسوب می کردند مانند: مدنی، مکی، مصری، خراسانی، نووی، عسقلانی و یا انتساب به مذهب مانند: شافعی، مالکی، حنبلی، زیدی، حنفی، ... و هیچکدام از عالمان دین اینگونه اسامی و عناوین را انکار نکرده و آن را حرام بشمار نیاورده است حتی پس از پیدایش تعصب. پس آنچه که باید مورد انکار و نکوهش واقع شود تعصب نه آنچه که خداوند آن را حلال کرده است. البته خشکاندن ریشه تعصب کورکورانه جز با ژرف سازی روح تساهل و تسامح و یاری و دوستی و موالات براساس قرآن و سنت امکان پذیر نیست. و در هر حالت، تساهل و تسامح و یاری و دوستی باید براساس اسلام و اطاعت از پیامبر (ﷺ) باشد و باقی بماند. خداوند می فرماید: (إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ

اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ) [مائده

۵۵/ و (وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ

عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ^۴ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ (توبه ۷۱) یعنی: تنها خدا و پیغمبرش و مؤمنانی یاور و دوست شمايند که خاشعانه و خاضعانه نماز را بجای می آورند و زکات مال را پرداخت می کنند - مردان و زنان مؤمن دوست و یاور یکديگرند، همدیگر را به کارنیک می خوانند و از کار بد بازمی دارند و نماز را چنانکه باید می گذارند و زکات را می پردازند و از خدا و پیغمبرش فرمانبرداری می کنند. اينان کسانی اند که خداوند به زودی ایشان را مشمول رحمت خود می کند چرا که خداوند توانا و حکيم است.

مبحث سوم: سوابق تاریخی خلاف

اختلاف در قضایای فکری از جمله مسائل فقهی به دلیل تفاوت انسانها در فهم و ادراک یک پدیده طبیعی است و بر همین اساس باید پذیرفت که اختلاف در عصر نبوت و خلفای راشدین و دیگر دوره های تاریخی یک واقعیت بوده و حوادث و پیشامدهای که در آن دوران رخ داده شاهد این مدعا است و انکار وقوع اختلاف در دوران نبوت و خلفای راشدین هرگز به صلاح دین نیست همانگونه که تبیین و بررسی خلاف نه تنها هیچ آسیب و خدشه ای به ایده آل بودن شریعت اسلام و صدق نیت مردان علم خلاف نمی رساند بلکه طرح این اختلاف بیانگر واقعیت دین اسلام است زیرا اسلام مردم را به عنوان بشر مورد خطاب قرار می دهد و به اعتبار انسان بودن با آنان رفتار می کند؛ آن انسانی که تحت تأثیر عوامل گوناگونی قرار می گیرد و از آن اثر می پذیرد و این همان فطرتی است که پروردگار جهانیان انسانها را بر آن سرشته است. دیگر آنکه انسان مؤمن به این حقیقت اطمینان دارد که اختلاف اجتهادی و فقهی هرگز ناشی از ضعف عقیده یا شک در صدق دعوت پیامبر (ﷺ) نبوده بلکه در راستای جستجوی حق و تلاش در جهت اصابت به قصد شارع بوده است. در دوران نبوت از آنجایی که پیامبر (ﷺ) مصدر و مرجع احکام بود خلاف به بیش از زمانی

که پیامبر (ﷺ) از آن اطلاع پیدا می کرد دیری نمی پایید. اسباب اختلاف در دوران نبوت بطور کلی خارج از اختلاف در فهم نص بخاطر اسباب لغوی یا اجتهادی در تفسیر قرآن یا سنت نبوده و هیچ قصد و نیتی بدنبال دامن زدن به خلاف در ماورای اسباب خلاف نهفته نبوده است و به همین دلیل اختلاف صحابه در دوران نبوت با ملاقات پیامبر (ﷺ) یا مراجعه به نصی که برخی از صحابه از آن مطلع نبوده اند بطور سریع زایل می گردید زیرا مراد و مقصود مؤمنان پاک فطرت فقط جستجوی حقیقت است هر کجا باشد.

حقیقت دیگر این است که انتقال برخی از اسباب موضوعی و علمی خلاف به نسل های بعدی مسأله ای طبیعی است زیرا جلوگیری از اسباب اختلاف در هر عصر و دوره ای امری بس دشوار است اما با این وصف، مسائل و حوادثی که در جامعه اسلامی اتفاق افتاد در شعله ور شدن روح اختلاف نقش بسزائی داشت و از زمان شهادت حضرت عثمان - رضی الله عنه - لرزه هایی سهمگین بر پیکر جامعه اسلامی نقش بست و در داخل کردن برخی از مسائل خارج از دائره خلاف به حوزه خلافتیات سهم بسزائی داشت و در اعتماد و تکیه کردن فقیهان هر منطقه و ناحیه به احادیث و سنت هایی که در دست داشته اند بخاطر بیم از جعل حدیث، مؤثر بوده است.

دو مدرسه کوفه و بصره بعنوان محیط مناسب برای کشمکش افکار سیاسی در همین اثنا ظهور کرد و در اثر آن، فرقه های گوناگونی پدید آمد از جمله: خوارج، شیعه، مرجئه، معتزله، جهمیه و دیگر فرقه ها که با تعدد این فرقه ها، روشهای عقلی و فکری نیز متعدد گردید و هر کدام از آن فرقه ها به مبانی و قواعد خاصی در نوع موضع گیری نسبت به نصوص و چگونگی تفسیر آنها و نوع نگاه نسبت به حوادث جدید تعصب به خرج دادند و از همین زمان بود که نیاز به تدوین و وضع ضوابط و قواعد روش استنباط احکام حوادث و مشخص ساختن موارد جایز الاختلاف از موارد غیر جایز الاختلاف محسوس گردید. این نیاز هم با ظهور پدیده امام شافعی با نوشتن

کتاب «الرساله» بعنوان اولین مرجع در قواعد و مقررات استنباط احکام فقهی جامع عمل به خود پوشید.^۱

در دوران اواخر صحابه تا عصر تابعین هر گروه از مسلمانان از یک فقیه پیروی می کردند و نظر خلیفه که قبلاً رافع خلاف بود در این دوره دیگر اهمیت چندانی نداشت زیرا مردم ارزشی برای نظر خلیفه قائل نبودند و او را فقیه بشمار نمی آوردند و از همین زمان است که فتوا از حکومت جدا گردید و میان خلافت و امامت به معنای عام جدایی حاصل شد. در نتیجه همین اختلاف آراء و فتاوی بود که مکاتب فقهی درمکه و مدینه و کوفه و شام پدید آمد و هر مکتب، اصول و مقررات خاصی را پذیرفت و فقیهانی در راستای همان اصول و مقررات ظهور کردند. و پیدایش مکتب مدینه با پیروی از حدیث و مکتب کوفه با پیروی از رأی نتیجه همان اختلاف دیدگاهها و روشها بود.

در نیمه دوم قرن دوم - دوران تابعین تابعین - بود که فقیهان بزرگی براساس مکاتب یادشده ظهور کردند مانند امام مالک (۱۹۳ - ۱۷۹) در مدینه، امام ابوحنیفه (۸۰ - ۱۵۰) در کوفه، امام اوزاعی (متوفی ۱۵۷) در شام، امام لیث بن سعد (۹۴ - ۱۷۵) در مصر ...

پس از این فقها، عالمان و مجتهدانی ظهور کردند که از هر دو مکتب مدینه و کوفه تأثیر پذیرفته اند. در رأس این مجتهدان امام شافعی (۱۵۰ - ۲۰۴) قرار داشت. او در مدینه نزد امام مالک و در بغداد نزد محمد بن حسن شیبانی (۱۳۲ - ۱۸۹) یکی از شاگردان برجسته ابوحنیفه، دو مکتب فقهی معروف این دوره را آموخت و خود به ایجاد مکتبی سوم و متأثر از دو مکتب مذکور همت گماشت. پس از امام شافعی، امام احمد بن حنبل راه شافعی را دنبال کرد اما سرانجام مذهب خاصی مبتنی بر التزام به نص پدید آورد و بعنوان مذهب چهارم جای گرفت. البته بجزاین چهار پیشوا، فقیهان دیگری همزمان با آنان یا پس از آنها ظهور کردند و مذهب خاصی تشکیل دادند اما بتدریج رو به انقراض نهادند و تنها آراء و نظریات آنان در لابلای کتابهای فقهی باقی مانده است. از جمله

۱- العلوانی، ادب الاختلاف فی الاسلام، ص ۱۰۳.

مذهب داود ظاهری (۲۰۲-۲۷۰) که تا قرن‌ها بعد پیروانی داشت. پایه و تکیه گاه این مذهب پیروی از ظاهر نصوص و انکار قیاس بود و درس‌زمین اندلس توسط ابن حزم (م. ۴۵۶) رواج و رونق یافت.

در میان مذاهب غیر اهل سنت هم بطور عمده سه مذهب دارای فقه هستند: مذهب شیعه امامیه که بنا بر عقیده آنان برگرفته از دوازده امام اهل بیت است. دومین مذهب، زیدیه است که از مذهب شیعه و مذهب اهل سنت تشکیل شده است. فقه زیدیه به زید بن علی و دیگر ائمه اهل بیت منسوب است و نیز برگرفته از روایات اهل سنت است و می‌توان آن را برزخ میان فقه شیعه و فقه اهل سنت بشمار آورد. سومین مذهب، اباضیه است که در بسیاری از مسائل همانند اهل سنت و گاهی همراهی شیعه امامیه است.

گفتار اول: خلاف در عصر نبوت

در دوران نبوت مواردی که به خلاف مذموم منجر شود وجود نداشت زیرا در این دوران پیامبر (ﷺ) به اتفاق همگان مرجع احکام بود و بازگشت هر مسأله و پیشامدی بسوی اوست. پیامبر (ﷺ) از آنجایی که به خوبی می‌دانست بقا و پایداری امت به تألیف قلوب آکنده از محبت خداوند و هلاک و زوال امت به اختلاف دلها وابسته است صحابه را از هرگونه سردرگمی و گمراهی، هدایت و رهنمون می‌کرد و آنان را از خلاف بر حذر می‌داشت آنچنانکه فرموده است: ^۱ «اختلاف مکنید که دل‌هایتان دچار اختلاف می‌شود». یاران پیامبر (ﷺ) معتقد بودند که اختلاف هیچ خیر و ثمره‌ای بدنبال ندارد چنانکه ابن مسعود فرموده است: «خلاف شر است».^۲ به همین دلیل صحابه هرگاه دچار اختلاف می‌شدند مورد اختلافی را به پیامبر (ﷺ) ارجاع می‌

^۱- السیوطی، الجامع الصغیر، ج ۲ ص ۲۷۲؛ ابن حزم، الاحکام، ج ۵ ص ۶۱.

^۲- الکاندهلوی، حیاة الصحابه، ج ۲، ص ۲.

دادند و پیامبر (ﷺ) وجه حق را برای آنان روشن می ساخت و ریشه اختلاف را قبل از دوانیدن می خشکاند. عبدالله بن عمر می گوید: صبح یک روز زود هنگام به نزد پیامبر (ﷺ) رفتم که صدای دو نفر را شنیدم که درباره آیه ای با یکدیگر اختلاف کرده بودند. پیامبر (ﷺ) درحالی که خشم در چهره اش نمایان بود از منزلش بیرون آمد و فرمود: «اقوام پیش از شما بدین دلیل هلاک شدند که درباره کتاب آسمانی خود اختلاف کرده بودند». نزال بن بصره می گوید: عبدالله بن مسعود روزی مردی را شنید که آیه ای از قرآن را برخلاف آنچه که او شنیده بود قرائت می کرد. عبدالله بن مسعود می گوید دست آن مرد را گرفتم و او را به نزد پیامبر (ﷺ) بردم. پیامبر (ص) فرمود: «هردوی شما بر صواب هستید. شعبه می گوید: گمان می کنم که پیامبر (ﷺ) در این ماجرا فرموده است: ^۱ «بایکدیگر اختلاف مکنید که پیشینیان دچار اختلاف شدند و هلاک گشتند».

یکی از آداب مهم اختلاف بویژه در زمینه قرائت قرآن که پیامبر (ﷺ) به صحابه آموزش داده بود در این حدیث ذکر شده است. پیامبر (ﷺ) می فرماید: ^۲ «قرآن را بخوانید تا مادام که دلهایتان در مورد آن هماهنگ و متحد است اما هرگاه درباره قرآن دچار اختلاف شدید قرائت قرآن را ترک کنید و پی کار خود بروید.

پیامبر (ﷺ) در این حدیث صحابه را به برخاستن و ترک قرائت قرآن در صورت بروز اختلاف در سبک قرائت یا در معانی آن سفارش نموده است تا آنگاه که جانها و دلهای آنها آرام گیرد و انگیزه ها و عوامل مجادله به تندی که خود به نزاع و اختلاف منجر می شود زایل گردد اما هرگاه قلوب متحد و همنوا و شوق و رغبت برای فهم خالصانه در میان باشد در این حالت سزاوار است که به قرائت و تدبیر در آیات قرآن کریم ادامه داده شود.

^۱ - ابن حنبل، المسند، ج ۱، ص ۴۰۱؛ مسلم، صحیح مسلم، ج ۸، ص ۵۷؛ السیوطی، الدبیاج علی صحیح مسلم، ج ۶، ص

۳۱؛ المناوی، فیض القدر، ج ۳، ص ۶.

^۲ - السیوطی، الجامع الصغیر، ج ۱، ص ۱۹۹؛ النبهانی، الفتح الکبیر، ج ۱، ص ۲۱۸؛ ابن حجر، فتح الباری، ج ۱۳، ص ۳۳۵.

قرآن کریم نیز به ادب اختلاف میان صحابه در صورت بروز اختلاف اشاره کرده است. ابن ابی ملیکه می گوید: ^۱ نزدیک بود دو بهترین اصحاب پیامبر (ﷺ) - ابوبکر و عمر - هلاک شوند آن هنگام که کاروان بنو تمیم به نزد پیامبر (ﷺ) مشرف شدند و آن دو، صدای شان را در محضر پیامبر (ﷺ) بلند کردند.

عبدالله بن زبیر می گوید: هنگامی که کاروان بنی تمیم به نزد پیامبر (ﷺ) آمد ابوبکر گفت: ای پیامبر (ﷺ) قعقاع بن معبد را امیرشان قرار بده اما عمر گفت: أقرع بن حابس را بعنوان امیر برگزین. ابوبکر به عمر گفت: مقصود تو از این کار مخالفت با من است. عمر در جواب گفت: قصد مخالفت با تو را ندارم که در این هنگام صدایشان را بر یکدیگر بلند کردند و در پی آن، آیه شریفه: (يٰۤأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَرْفَعُوا أَصْوَاتَكُمْ فَوْقَ صَوْتِ النَّبِيِّ وَلَا تَجْهَرُوا لَهُ بِالْقَوْلِ كَجَهْرِ بَعْضِكُمْ لِبَعْضٍ أَن تَحْبَطَ أَعْمَالُكُمْ وَأَنتُمْ لَا تَشْعُرُونَ) [حجرات ۲/] نازل شد. حضرت عمر پس از نزول این آیه به گونه ای حرف می زد که پیامبر (ﷺ) صدایش را نمی شنید مگر آنکه پیامبر (ﷺ) از او طلب استفهام می کرد.^۲

صحابه هرگاه از محضر پیامبر (ﷺ) به دور بودند و درباره مسأله ای اجتهاد کرده باشند آنان به محض برگشتن به مدینه و دیدار با پیامبر (ص) اجتهاد خود را بر پیامبر (ﷺ) عرضه می کردند که یا اجتهاد شان را مورد تأیید قرار می داد و بعنوان تقریر در زمره سنت جای می گرفت یا آنکه وجه حق و صواب را برایشان روشن می ساخت و آنان هم با اطمینان خاطر حکم پیامبر (ﷺ) را می پذیرفتند و خلاف بدین ترتیب زایل می گردید. بعنوان نمونه پیامبر (ﷺ) در روز احزاب فرمود: « هیچ کس نماز عصر را جز در بنی قریظه نخواند » و هنگامی که وقت نماز عصر فرا رسید برخی از صحابه با توجه به فرمایش پیامبر (ﷺ) نماز خود را نخواندند و گفتند نماز را در بنی قریظه می

^۱ - التئوی، شرح صحیح مسلم، ج ۱۶، ص ۲۱۸؛ ابن حنبل، المسند، ج ۴ ص ۳۱۳؛ السیوطی، الدیاج، ج ۶ ص ۳۲.

^۲ - الصابونی، مختصر تفسیر ابن کثیر، ج ۳، ص ۳۵۴-۳۵۵؛ البخاری، صحیح بخاری ج ۸، ص ۱۲۵.

خوانیم اما برخی دیگر گفتند: نماز عصر را در وقت می خوانیم و گفتند: مقصود پیامبر (ﷺ) این نیست که نماز عصر را در بنی قریظه بخوانیم بلکه مقصود او شتاب کردن بسوی بنی قریظه است و چونکه پیامبر (ﷺ) از این ماجرا اطلاع پیدا کرد هیچکدام از آن دو گروه را مورد سرزنش قرار نداد.^۱

براساس روایت پیشگفته صحابه پیامبر (ﷺ) درباره ادای نماز عصر به دو گروه تقسیم شدند: گروهی به ظاهر لفظ یا همان چیزی که احناف آن را « عبارت نص » می نامند عمل کردند اما گروه دوم با استنباط معنایی از نص، آن را تخصیص زدند و تصویب هردو گروه توسط پیامبر (ﷺ) بر مشروعیت هردو مذهب دلالت دارد. بنابراین واقعاً، انسان می تواند به ظاهر نص عمل کند و می تواند معانی و مفاهیم را در چهار چوب نص استنباط نماید و بدانها استدلال کند که البته هرگاه این عمل از شخص توانا و شایسته اجتهاد واقع شود سرزنش و انکار منتفی خواهد بود.

گروه دوم صحابه که نماز عصر را در وقت خواندند مقصود از خطاب پیامبر (ﷺ) عجله و شتاب بسوی بنی قریظه فهمیدند و به همین دلیل ادای نماز قبل از رسیدن به بنی قریظه را منافی و متضاد با دستور پیامبر (ﷺ) بشمار نیاوردند مادام که ادای نماز عصر آنها را از رسیدن به بنی قریظه باز نمی داشت و به تأخیر نمی انداخت و با اینکه فقها درباره تصویب این دو گروه و عمل افضل و بهتراز میان دو عملی که توسط صحابه انجام گرفته اختلاف کرده اند و برخی گفته اند: افضل و بهتر عمل آن گروهی است که نماز را در وقت خوانده اند و فرمان پیامبر (ﷺ) را لیک گفته اند، و برخی دیگر گفته اند: عمل آن گروهی که نماز را به تأخیر انداخته و نماز را در بنی قریظه خوانده اند افضل و بهتر است. اما سخن حق این است که مادامی که پیامبر (ﷺ) هیچکدام از

۱- ابن کثیر، الفصول فی سیره الرسول، ص ۱۷۱-۱۷۲؛ الهیتمی، مجمع الزوائد، ج ۶، ص ۱۴۰؛ الطبرانی، المعجم الکبیر، ج

صحابه را مورد سرزنش قرار نداده برفقه شایسته می بود که به سنت پیامبر (ﷺ) اکفا می کردند و در مسأله ای که پیامبر (ﷺ) آن را حل و فصل نموده است به جدال و مباحثه نمی پرداختند.

ابوداود از عمرو بن عاص روایت کرده که او گفته است: در جنگ « ذات السلاسل » در یک شب بسیار سرد دچار احتلام شدم و ترسیدم که اگر غسل کنم هلاک شوم. بنابراین تیمم کردم و یارانم را امامت کردم. آنان پس از رسیدن به مدینه مسأله را به حضور پیامبر (ﷺ) رساندند که او فرمود: « ای عمرو با حالت جنابت نماز خوانده ای و یارانت را امامت کرده ای ؟ من در جواب گفتم:

خداوند فرموده است: (وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا) [نساء / ۲۹] که در این

هنگام لبخند بر لبان پیامبر (ﷺ) نقش بست و چیزی نگفت.^۱

بند اول: موضع پیامبر (ص) نسبت به خلاف صحابه

پیامبر (ﷺ) همانگونه که خلاف مستند و با دلیل صادر از سوی صحابه را تأیید و تقریر می کرد خلاف صادر از رأی فاقد دلیل و از افراد غیر شایسته را به شدت محکوم و سرزنش می کرد.^۲ و به همین خاطر و به دلیل اهمیت اجتهاد و آثار مترتب بر آن، از میان یاران پیامبر (ﷺ) فقط افراد دارای شایستگی و اهلیت به اجتهاد اقدام می کردند و هرگاه از سوی افراد غیر شایسته صورت می گرفت و اجتهادشان به خطا می رفت پیامبر (ﷺ) آنان را به شدت مورد سرزنش قرار می داد و هیچکس را به خاطر اجتهاد خطا و اشتباه تأیید نمی کرده است.

جابر بن عبدالله انصاری می گوید: « با عده ای از یاران پیامبر (ﷺ) به سفر رفته بودیم که در اثنای سفر سگی به سربکی از افراد اصابت کرد. آن مرد در همان روز دچار جنابت شد و از همراهان سؤال کرد آیا اجازه تیمم دارد ؟ آنان در جواب گفتند: مادام که می توانی آب استعمال کنی رخصت تیمم در حق شما منتفی است. آن مرد بر اساس فتوای آنان با آب غسل کرد و دیری نپایید

۱- ابوداود، سنن ابوداود، ج ۱، ص ۹۰؛ ابن حنبل، المسند، ج ۴، ص ۲۰۳؛ العظیم آبادی، عون المعبود، ج ۱، ص ۳۶۴.

۲- الدهلوی، حجه الله البالغة، ج ۱، ص ۲۶۲؛ بکراویزید، الردود، ص ۲۶-۲۸.

که در اثر آن فوت کرد. هنگامی که به نزد پیامبر (ﷺ) مشرف شدیم او از ماجرا اطلاع پیدا کرد و فرمود: «او را کشتند، خداوند آنان را بکشد. آنان که نمی دانستند چرا سؤال نکردند. بی گمان که چارهٔ انسان نادان سؤال کردن است. آن مرد اگر تیمم می کرد و برزخمش پارچه ای می بست و بر آن پارچه مسح می کرد و سایر اعضای بدنش را می شست او را کفایت می کرد».^۱

پیامبر (ﷺ) صحابه ای که مرتکب خطا شده اند را نه تنها معذور ندانست بلکه آنان را بخاطر فتوا دادن بدون علم به شدت مورد سرزنش قرارداد و آنان را قاتلان برادر دینی شان بشمار آورد. نیک روشن است که واجب در حق انسان نادان و ناآگاه سؤال کردن نه شتاب به خرج دادن در صدور فتوا است. این فرمایش پیامبر (ﷺ) در مورد ضرورت سؤال کردن همان است که قرآن کریم بدان اشاره کرده است آنجا که می فرماید: (فَسَلُّوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ) [نحل/۴۳].

در حادثهٔ دیگری، اسامه بن زید می گوید: پیامبر (ﷺ) ما را در یک سربه گسیل کرد و هنگامی که نزدیک قبیلهٔ «جهینه» رسیدیم با مرد مشرکی روبرو شدم. آن مرد درهمین هنگام شهادت توحید - لا اله الا الله - را بر زبان جاری کرد اما من شمشیرم را بر او فرود آوردم و از این کرده خویش پشیمان شدم. هنگامی که به محضر پیامبر (ﷺ) رسیدیم موضوع را به او گفتم که پیامبر (ﷺ) فرمود: آیا او را کشتی پس از اینکه او شهادت توحید - لا اله الا الله - را بر زبان جاری کرده بود؟ در جواب گفتم: ای رسول الله او بخاطر ترس از شمشیر، کلمه توحید را بر زبان جاری کرده است. پیامبر (ﷺ) فرمود: مگر قلبش را شکافته ای تا بدانی که بخاطر خوف از شمشیر کلمه توحید را گفته است؟ در روز قیامت چه کسی در برابر کلمهٔ «لا اله الا الله» از تو دفاع خواهد

۱- ابوداود، سنن ابوداود، ج ۱، ص ۹۱؛ الدارمی، سنن الدارمی، ج ۱، ص ۱۹۲؛ العظیم آبادی، عون المعبود، ج ۱، ص ۳۶۶-

کرد؟ پیامبر (ﷺ) پیوسته این سخن خود را تکرار کرد تا آنکه آرزو کردم ای کاش قبل از آن روز مسلمان نشده بودم^۱.

پیامبر (ﷺ) در حدیث اول صحابه را بخاطر عمل کردن به عموم ادله مبنی بر وجوب استعمال آب برای شخص یا بنده آن بدون در نظر گرفتن وضعیت شخص استعمال کننده آب، مورد انکار و سرزنش قرار داد. آن عده ای که دچار این فتوای خطا شده بودند این آیه شریفه: (وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنْكُم مِّنَ الْغَايِبِ أَوْ لَمْ تُنْبِئُوا النَّبِيَّ فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوْهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَئِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ) [

مائده / ۶] را ملاحظه نکرده اند و از اهل نظر و استدلال هم سؤال نکرده اند. اما در حدیث دوم، گویی که حضرت اسامه - رضی الله عنه - قول پروردگار متعال: (فَلَمْ يَكُ يَنْفَعُهُمْ إِيمَانُهُمْ لَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا سُنَّتَ اللَّهِ الَّتِي قَدْ خَلَتْ فِي عِبَادِهِ وَخَسِرَ هُنَالِكَ الْكَافِرُونَ) [غافر / ۸۵]

را بدینگونه تأویل کرده که آیه مذکور عام است و منفعت در حق کافران را هم در دنیا و هم در آخرت نفی کرده است و بنابراین او آیه را شامل دنیا و آخرت بشمار آورده و آن را مختص به عالم آخرت ندانسته است همانگونه که ظاهراً آیه شریفه نیز همین است. پیامبر (ﷺ) هم بخاطر این استدلال او را مورد سرزنش و نکوهش قرار داد.

^۱ - ابن حنبل، المسند، ج ۵، ص ۲۰۷؛ العظیم آبادی، عون المعبود، ج ۷، ص ۲۱۷.

خلاف در هر دوره ای با توجه به اسباب اختلاف و قوت و ضعف ایمان افراد و دوری و نزدیکی آنان به قرآن و سنت از ویژگی هایی برخوردار است که مهمترین ویژگی های خلاف صحابه در دوران نبوت موارد زیر است:^۱

- ۱- صحابه پیامبر (ﷺ) نهایت سعی و تلاش داشتند تا از اختلاف دوری گزینند. آنان به طرح مسائل و فروع فرضی زیاد روی نمی آوردند. و حوادث و مسائل را در چهارچوب راه و روش پیامبر (ﷺ) حل و فصل می کردند و البته که با مراجعه به پیامبر (ﷺ) وحل و فصل مسأله جایی برای بحث و مجادله و نزاع و اختلاف باقی نمی ماند.
- ۲- علیرغم تلاش و کوشش در جهت پرهیز از وقوع اختلاف هرگاه اختلافی پیش می آمد مسأله را به قرآن و سنت ارجاع می دادند و خلاف بدین ترتیب به سرعت زایل می گردید.
- ۳- تسلیم و التزام کامل صحابه به حکم خداوند و پیامبر (ﷺ).
- ۴- مصیب دانستن اختلاف کنندگان در بسیاری از مسائل محتمل تأویل و اعتقاد آنها به احتمال وجود صواب در رأی دیگر به احترام متقابل و دوری گزیدن از تعصب به رأی خود در میان اختلاف کنندگان منجر می شد.
- ۵- التزام به آداب اسلام با گزینش و بکارگیری بهترین سخنان و تعابیر و دوری گزیدن از الفاظ ناراحت کننده و گوش فرادادن به نیکی به سخنان یکدیگر.
- ۶- التزام به تقوا و دوری جستن از هوای نفس که البته چنین التزامی کافی است که حقیقت را تنها هدف افراد اطراف خلاف قرار دهد.
- ۷- دوری جستن از مجادله و ستیزه جویی تا حد امکان و بکارگیری نهایت تلاش و کوشش در جهت یافتن حکم مسأله که البته بکارگیری چنین شیوه ای، صفت جدیت به هر کدام از آراء می بخشد و موجب احترام متقابل میان آنان می گردد و مخالف را به پذیرش رأی طرف مقابل یا

تلاش برای ارائه دادن رأی بهتر وامی دارد. مذاکره حضرت ابوبکر با مخالفان جنگ با مانعان زکات و مرتدان بهترین گواه این مسأله است.

گفتار دوم: خلاف در عصر صحابه

این دوره از ارتحال پیامبر (ﷺ) تا پایان خلافت حضرت علی (ع) یعنی از ۱۱ هجری تا چهل هجری ادامه دارد. مسلمانان در هنگام وفات پیامبر (ﷺ) هم در اصول و هم در فروع بر یک روش و مکتب بودند بجز آنهایی که نفاق درنهاد داشتند و در ظاهر وفاق و همدلی وانمود می کردند.^۱ در این دوره فعالیت فقهی تقریباً محدود به صحابه بوده است زیرا شمار فراوانی از مجتهدان صحابه با پیامبر (ﷺ) همراه و همدم بوده و بسیاری از احکام فقهی را از او گرفته و نقل کرده اند. پس از ارتحال پیامبر (ﷺ) حوادثی به وقوع پیوست که تا آن زمان ناشناخته بود و به دلیل انقطاع وحی پیرامون آنها نصی وجود نداشته است. این حوادث از اهمیت و حساسیت زیادی برخوردار بودند و به همین دلیل حل این مشکلات و حوادث به دوراندیشی، دقت نظر، درک کامل اهداف و مقاصد شریعت نیازمند بود زیرا هرگونه تصمیم عجولانه و راه حل نامناسب درباره آن رخدادها زندگی مسلمانان و آینده آنان را تحت تأثیر قرار می داد و در همین اوضاع و احوال بود که لطف خداوند از خلال تحمل مسئولیت خطیر رهبری این امت توسط حواریون پیامبر (ﷺ) شامل حال امت گردید؛ یارانی که تعالیم و آموزه های دینی را از شخص پیامبر (ﷺ) آموخته و آن را با دل و جان خود آمیخته اند تا بدانجا که دوران خلافت راشدین امتداد دوران رسالت بشمار آمد و پیامبر (ﷺ) نام سنت بر آن نهاد. صحابه پیامبر (ﷺ) اگر در دوران نبوت دچار اختلاف شدند بسیار طبیعی است که پس از رحلت پیامبر (ﷺ) با یکدیگر اختلاف کنند. مهمترین موارد اختلاف صحابه پس از رحلت پیامبر (ص) به شرح زیر است:

^۱ - البغدادی، الفرق بین الفرق، ص ۱۴.

۱- اختلاف درباره وفات پیامبر (ﷺ):

۲- اختلاف درباره دفن پیامبر (ﷺ):

۱- همان مرجع.

را به سرزمین قدس منتقل کنیم و در نزد قبرجدش ابراهیم خلیل در بیت المقدس دفن کنیم.^۱ این اختلاف سرانجام با روایت حدیث: « پیامبران همان جایی که می میرند دفن می شوند » توسط ابوبکر زایل گردید و به استناد همین حدیث ابوبکر رختخواب پیامبر (ﷺ) را کنارزد و به کندن قبر مشغول شد.^۲

۳- اختلاف درباره جانشینی پیامبر (ﷺ):

صحابه درباره خلافت و جانشین پیامبر (ﷺ) اختلاف کردند که آیا خلافت از آن مهاجرین است یا انصار؟ و آیا خلافت مربوط به یک نفر می شود یا بیشتر؟ آنان همچنین درباره اختیارات و صلاحیات خلیفه با یکدیگر اختلاف کردند که آیا این اختیارات همان است که پیامبر (ﷺ) بعنوان حاکم و امام مسلمانان داشته یا اینکه از صلاحیت های پیامبر (ﷺ) کمتر و متفاوت تر است؟^۳

این اختلاف پس از بحث و گفتگوهای طولانی با انتخاب ابوبکر بعنوان خلیفه پیامبر (ﷺ) پایان پذیرفت.

۴- اختلاف در باره جنگ با مانعان زکات:

چهارمین موردی که صحابه پیرامون آن دچار اختلاف شدند و توانستند با درایت و حسن نیت و رعایت آداب خلاف بر آن فایق شوند اختلاف درباره جنگ با مانعان زکات بود. پس از بیعت ابوبکر برخی از قبایل تازه مسلمان مرتد شدند و از مدعیان نبوت مانند مسیلمه کذاب و دیگران پیروی کردند. برخی دیگر از قبایل از پرداخت زکات و ادای نماز خودداری کردند و برخی دیگر فقط از ادای زکات امتناع نمودند. علت خودداری این عده ناشی از خودخواهی، تکبر و تأویل

^۱ - البغدادی، الفرق، ص ۱۲؛ المیارکفوری، تحفه الأخوذی، ج ۴، ص ۸۴.

^۲ - ابن هشام، سیره ابن هشام، ج ۲، ص ۶۶۳؛ السیوطی، شرح سنن السنائی، ج ۳، ص ۲۰۰.

^۳ - ابن هشام، سیره ابن هشام، ج ۲، ص ۶۵۶-۶۶۰.

فاسد بود. آنان ادعا کردند که زکات فقط به پیامبر (ﷺ) پرداخت می شود زیرا شخص مخاطب برای گرفتن زکات ودعا کردن برای پرداخت کنندگان زکات فقط پیامبر (ﷺ) است. چنانکه خداوند می فرماید: (خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ) [توبه / ۱۰۳] یعنی ای پیغمبر! از اموال آنان زکات بگیر تا بدینوسیله ایشان را پاک داری و درجات ایشان را بالا ببری و برای آنان دعا و طلب آمرزش کن که قطعاً دعا و طلب آمرزش تو مایه آرامش دل و جان ایشان می شود و خداوند شنوا و آگاه است.

یاران پیامبر (ﷺ) بدین ترتیب پیرامون منکران و مانعان یکی از ارکان و ضروریات دین اسلام دچار اختلاف شدند. خلیفه اول، ابوبکر به منظور استمرار رسالت تصمیم گرفت که با مانعان زکات بجنگد تا بدین شیوه آنان را به توبه و ادای زکات و برگشت به امت اسلام و التزام به مفاد بیعت با پیامبر (ص) وادارد. اما حضرت عمر با دیدگاه ابوبکر مبنی بر جنگ با مانعان زکات مخالفت کرد و چنین نظر داشت که جنگ با آنها جایز نیست زیرا پیامبر (ﷺ) فرموده است: «مأمور شده ام با مردم بجنگم تا آنکه گواهی دهند جز خداوند معبود به حق نیست که هر کس این گواهی را بر زبان جاری کند خون و مالش مگر به حق بر من حرام است و محاسبه او بر عهده پروردگار است» ابوبکر گفت: سوگند به پروردگار با کسی که میان زکات و نماز فرق قایل شده است می جنگم. زکات حق مال است. سوگند به پروردگار اگر ازدادن یک بزغاله ای که آن را به پیامبر (ﷺ) تحویل می دادند ممانعت کنند با آنها وارد جنگ می شوم. عمر سرانجام رأی ابوبکر را پذیرفت و گفت: سوگند به پروردگار، فهمیدم که خداوند دل و عزم ابوبکر را متوجه جنگ با مانعان زکات کرده است و پی بردم که موضع صحیح و قول حق همان رأی ابوبکر است.^۱ سبب

^۱ - ابوداود، سنن ابوداود، ج ۲، ص ۹۵؛ الترمذی، سنن الترمذی، ج ۵، ص ۵.

اختلاف ابوبکر و عمر این بود که عمر و موافقانش به ظاهر لفظ حدیث تمسک جستند و گمان کردند که صرف ورود به دین اسلام از خلال نطق شهادتین مانع و حافظ خون و مال می گردد اما ابوبکر به قول پیامبر (ﷺ): «الَا بِحَقِّهَا» استناد کرد و زکات را بعنوان حق مال بشمار آورد که با امتناع شخص از ادای آن، عصمت جان و مالش از بین می رود. حضرت ابوبکر این معنا را از اقتران نماز و زکات در بیشتر آیات قرآنی و احادیث پیامبر (ﷺ) استنباط کرده بود و مادامی که صحابه درباره امتناع از ادای نماز و پیروی از مدعیان نبوت بعنوان دلیل ارتداد اتفاق نظر دارند می بایست که امتناع از پرداخت زکات نیز بعنوان دلیل ارتداد بشمار آید. حضرت ابوبکر سرانجام با استدلال خود توانست دیگر صحابه را به حقانیت و صواب رای خود در باره جنگ با مانعان زکات قانع سازد.^۱ و اختلاف مذکور بدین ترتیب زایل گردید و درباره جنگ با مانعان زکات اتفاق نظر حاصل شد.

۵- اختلاف پیرامون مسائل فقهی:

علاوه بر مسائل و حوادث خطیری که با رجوع به قرآن و سنت و با درایت کامل برطرف گردید صحابه در بسیاری از مسائل و احکام فقهی با یکدیگر اختلاف کرده اند از جمله اختلاف ابوبکر و عمر درباره به اسارت گرفتن اهل رده است. ابوبکر معتقد بود که گرفتن زنان مرتدان بعنوان کنیز جایز است اما حضرت عمر به عدم جواز اعتقاد داشت و به همین دلیل در خلافت خود حکم ابوبکر در این باره را نقض کرد و زنان به اسارت درآمده را بعنوان زنان آزاد به خانواده شان برگرداند مگر آن زنی که برای اربابش فرزند آورده باشد. از جمله زنانی که آزاد شدند خوله دختر جعفر حنفیه، مادر محمد بن علی - رضی الله عنه - است.^۲

^۱- ابن کثیر، البدایه و النهایه، ج ۶، ص ۳۱۵؛ الشوکانی، نیل الأوطار، ج ۴، ص ۱۷۵.

^۲- الحجوی، الفکر السامی، ج ۱، ص ۲۱۷.

ابوبکر و عمر درباره تقسیم زمین های فتح شده اختلاف کردند. ابوبکر اعتقاد داشت که آن زمینها باید تقسیم شوند. اما عمر بر عدم تقسیم آنها و وقف کردن آنها در جهت منافع جامعه اسلامی اصرار داشت. آنان همچنین درباره حقوق و پاداش حقوق بگیران اختلاف کردند. ابوبکر معتقد بود که حقوق و پاداش افراد باید بطور مساوی پرداخت شود حال آنکه عمر به تفاوت حقوق و پاداش نظر داشت و مسلمانان را در این باره همسان و مساوی ندانست.

تمام این اختلافات و خلافت های بی شمار دیگری با رعایت ادب خلاف و احترام متقابل به رأی یکدیگر حل و فصل گردید و اختلاف در احکام جز افزایش محبت آنها به یکدیگر چیز دیگری بدنبال نداشت.

هنگامی که ابوبکر عمر را بعنوان خلیفه معین کرد برخی به او گفتند: « اگر پروردگارت درباره کاندیدا کردن عمر برای پُست خلافت از تو سؤال کند و درحالی که شما از سختگیری عمر آگاه هستی، چه خواهی گفت؟ ابوبکر گفت: خواهم گفت پروردگارا من بهترین افراد شما را خلیفه خودم بر مردم معین کردم.^۱ و هنگامی که به عمر گفته شد تو از ابوبکر بهتر هستی عمر به گریه افتاد و گفت: سوگند به پروردگار که یک شب ابوبکر بهتر از عمر و آل عمر است.^۲

موارد مذکور نمونه هایی از اختلاف فقهی میان شیخین - ابوبکر و عمر - بود. آن دو با وجود آراء و دیدگاه های متفاوت نسبت به مسائل و احکام فقهی دلایشان هرگز دچار اختلاف نشد زیرا رشته دلشان به آسمان بسته است و تعلقات دنیوی هیچ سلطه ای بر آنها نداشته است.

در میان عمر و علی نیز اختلافاتی اما در چهارچوب آداب و مکارم اخلاق وجود داشت. روزی حضرت عمر شخصی را به نزد زنی که شوهرش غایب بوده و افراد بیگانه وارد خانه اش می شدند فرستاد تا او را به نزد خلیفه بیاورد. زن گفت: وامصیبت! مرا چه به عمر است؟ آن زن هنگامی

^۱ - ابن سعد، الطبقات الکبری، ج ۳، ص ۱۹۹؛ الکاند هلوی، حیاة الصحابه، ج ۲، ص ۱۸.

^۲ - الکاند هلوی، حیاة الصحابه، ج ۱، ص ۳۷۳.

که عازم حرکت بسوی عمر بود دچار ترس و لرز شد و جنین خود را سقط کرد و آن نوزاد مرد. عمر دربارهٔ مسأله پیش آمده با صحابه پیامبر (ﷺ) مشورت کرد. برخی گفتند: بر شما هیچ حرجی نیست و ضامن نیستی زیرا شما حاکم و مؤدب هستی. حضرت علی که در آن جلسه ساکت بود و چیزی نمی گفت حضرت عمر به او رو کرد و گفت: نظر شما چیست؟ حضرت علی گفت: اگر آنان بر اساس رأی خود نظر داده اند رأی شان خطا است و اگر بخاطر رعایت حال شما رأی داده اند شما را نصیحت نکرده و انصاف را در حق شما رعایت نکرده اند. از نظر من دیه آن نوزاد برعهده شماست زیرا آن زن از شما ترسیده بود و به سبب شما جنین اش را سقط کرده است. عمر سرانجام به رأی علی عمل کرد و دستور داد تا دیه جنین بر اقوام و خویشاوندان آن زن تقسیم شود.^۱ حضرت عمر بدون هیچ درنگ و تردیدی رأی حضرت علی را پذیرفت حال آنکه می توانست به رأی دیگران عمل کند و دیه را از دمه ی خویش ساقط کند.

اختلاف میان عمر و عبدالله بن مسعود نیز مقرون به ادب و اخلاق نیک و احترام متقابل بود. عبدالله بن مسعود از قاری ترین اصحاب پیامبر و از داناترین و آگاهترین آنان نسبت به سنت بود بگونه ای که برخی از صحابه، او و مادرش را به خاطر ملازمت و همنشینی زیاد با پیامبر (ﷺ) جزو اهل بیت پیامبر بشمار می آوردند.^۲ ابن مسعود یکی از کارگزاران عمر و با بسیاری از اجتهادات حضرت عمر موافق بود بگونه ای که مورخان تشریع اسلامی او را از جمله افرادی که بیشترین تأثیر از شخصیت عمر پذیرفته اند بشمار می آورند. این دو صحابی گرچه در بسیاری از مسائل اجتهادی و طرق استدلال بایکدیگر موافق بودند اما با این حال در بسیاری از مسائل دیگر نیز با یکدیگر اختلاف داشته اند از جمله آنکه ابن مسعود معتقد بود اگر مردی به زنش بگوید: «

^۱ - امیر بادشاه، تیسیر التحرير، ج ۴، ص ۲۰۷؛ الباجی، احکام الفصول، ص ۵۹۸.

^۲ - ابن حزم، الاحکام، ج ۶، ص ۲۲۸.

تو بر من حرام هستی» این گفته او به منزله سوگند بشمار می آید اما از نظر عمر آن یک طلاق به حساب می آید.

نظر ابن مسعود دربارهٔ مردی که با زنی زنا کرده و سپس با آن زن ازدواج کرده است این بود که آن دو همچنان بعنوان زانی بشمار می آیند اما حضرت عمر معتقد بود که عمل صورت گرفته اولش زنا اما آخرش نکاح است. ابن قیم می گوید: مسائل فقهی مورد اختلاف میان ابن مسعود و عمر به صد مسأله می رسد.^۱ اما با این وجود اختلاف آن دو موجب کاهش محبت آنها و احترام و قدردانی آنان نسبت به یکدیگر نگردید. هنگامی که دو نفر به نزد ابن مسعود آمدند و یکی از آن قرآن را در نزد عمر و دیگری آن را در نزد شخص دیگری یاد گرفته بودند. آن شخصی که قرآن را در نزد حضرت عمر یاد گرفته بود به ابن مسعود گفت: عمر مرا یاد داده است که ابن مسعود در این هنگام به گریه افتاد تا بدانجا که ماسه ها خیس شدند و به آن شخص گفت: بخوان همانگونه که عمر به تو یاد داده است. عمر دژ محکم اسلام بود که مردم هرگاه وارد آن دژ می شدند از آن خارج نمی شدند اما هنگامی که ضربت خورد آن دژ شکافت.^۲ و روزی در حالی که عمر نشسته بود ابن مسعود رسید که حضرت عمر در این هنگام خطاب به ابن مسعود گفت: «او ظرفی است که از علم و فقه آکنده است».^۳

اختلاف میان این دو صحابی بزرگوار فقط موجب ازدیاد محبت و قدردانی آنها نسبت به یکدیگر شد که البته بدون هیچ شکی می توان از این حوادث و جریان ها، پایه های ادب و اخلاق در هنگام اختلاف و حل و فصل مسائل خلاف برداشت کرد.

^۱ - ابن القیم، اعلام الموقعین، ج ۲، ص ۲۱۸.

^۲ - ابن حزم، الاحکام، ج ۶، ص ۲۲۶.

^۳ - ابن سعد، الطبقات الکبری ج ۳، ص ۱۵۶.

هدف از طرح این اختلافات فقهی میان صحابه مشروعیت بخشیدن به اختلاف نیست بلکه مقصود اصلی استنباط و استخراج آداب و پایه های اخلاقی خلاف از جمله احترام قایل شدن به رأی مخالف در نزد صحابه است تا در هنگام بررسی خلاف فقهی و تعامل با آراء دیگران به عنوان دستورالعمل در نظر گرفته شود. درحقیقت اگر بخواهیم قضایا و مسائل خلافی در میان صحابه و شیوه های هر کدام در استنباط را بررسی نماییم آن خود مستلزم چندین تألیف و پایان نامه است و تنها هدف از این مبحث ارائه نمونه ها و شواهدی از اختلافات صحابه است تا براساس آن، اخلاق و آداب میان صحابه یاد بگیریم و به خلاف دیگران احترام قایل شویم و در تمام اوضاع و شرایط به آداب خلاف ملتزم باشیم و در درجه ای بالاتر خلاف دیگران را در مقام اجتهاد و افتاء و عمل که بحث اصلی این تألیف است مراعات کنیم.

بند اول: شیوه صحابه در استنباط احکام:

خلفای راشدین در منصب امامت مسلمانان و در مقام قضاوت و افتاء جانشین پیامبر (ﷺ) بودند. شیوه و روش آنان و دیگر صحابه در شناخت احکام و استنباط فقهی بدینگونه بود که هرگاه واقعه ای رخ می داد ابتدا حکم آن را در قرآن جستجو می کردند که اگر آن را در قرآن بیابند حکم مذکور را به اجرا می گذاشتند و اگر آن را در قرآن نمی یافتند به سنت پیامبر (ﷺ) رو می آوردند که اگر حکم مسأله را در سنت می یافتند براساس آن فتوا می دادند و آن را اجرا می کردند اما اگر حکم مسأله در سنت پیامبر (ﷺ) یافت نشود در پرتو تعالیم قرآن و سنت و با الهام از مقاصد و اهداف شریعت از جمله برقراری عدالت و تحصیل مصلحت و دفع مفسدت به اجتهاد اقدام می کردند.

گاهی فقیهان صحابه در مسائلی که پیرامون آنها نصی وجود نداشت پس از مشورت و گفتگو با یکدیگر بر حکم معینی اجماع می کردند که این اتفاق نظر در آن دوران بسیار اتفاق می افتاد و گاهی هم در مسائل اختلافی به یک رأی نمی رسیدند. دراموری که اجماع حاصل شده است

خليفة نیز همان رأی را اجرا می کرد و درحقیقت همین اجماع است که مجتهدان بعدها آن را به عنوان سومین منبع قانونگذاری و استنباط احکام بشمار آوردند.

بنابراین می توان گفت که دردوران صحابه چهار منبع برای استنباط احکام وجود داشته است که عبارتند از: قرآن، سنت، اجماع و رأی. البته ناگفته نماند که اجتهاد به رأی در نزد صحابه فقط شامل یک شیوه به عنوان مثال مصالح مرسله نمی شد بلکه این اصطلاح - رأی - عام است و تمام منابع استنباطی مورد اختلاف از جمله قیاس، مصالح مرسله، استحسان، سد ذرایع، عرف و ... را شامل می شود با اینکه این عناوین واصطلاحات درآن زمان وجود نداشته است اما حقیقت و معنای آنها عملاً درپروسه استنباط احکام بکار گرفته می شد. و ازآنجایی که قرآن و سنت و اجماع به عنوان سه منبع اصلی استنباط احکام مورد قبول همه صحابه است و نیازی به بررسی آنها وجود ندارد فقط مورد چهارم یعنی رأی که اختلافات زیادی پیرامون آن وجود دارد مورد بحث و بررسی قرارخواهد گرفت.

بند دوم: رأی از دیدگاه صحابه

رأی در لغت از ماده « رأی الشيء یراه رأياً و رویه » گرفته شده و به معنای چیزی به دیده یا به دل دیدن است.^۱ این کلمه پس از آن که در اصل لغت در آن معنای مشترک دیدن استعمال شد به آنچه که دل پس از فکر و تأمل و جستجو در جهت یافتن صحیح ترین وجه می بیند اختصاص یافت. براین اساس می توان گفت که اجتهاد به رأی عبارت است از بکارگیری نهایت تلاش و کوشش به منظور رسیدن به حکم شرعی مسأله اجتهادی از طریق اندیشیدن و بکارگرفتن ابزارها و راهکارهایی که شارع در جهت استنباط احکام فقهی بدان رهنمون ساخته است.^۲

^۱ - معلوف، المنجد، ص ۲۴۳.

^۲ - ابن القيم، اعلام الموقعین ج ۱، ص ۵۲؛ شلبی، المدخل، ص ۱۰۹.

صحابه به دلیل بروز مشکلات و حوادث فراوانی که در قرآن یا سنت حکمی درباره آنها ذکر نشده است چاره ای جز عمل کردن به رأی و اجتهاد نداشتند. آنان در آغاز با شک و تردید به اعمال رأی اقدام کردند به گونه ای که می توان این شک و تردید و تأمل در گفتگوی عمر و ابوبکر و یا ابوبکر با زید بن ثابت در باره جمع آوری قرآن را بخوبی مشاهده کرد اما دیری نگذشت که آنان بسیاری از مسائل مهم را براساس رأی تخریج کردند. البته بکارگیری رأی و اجتهاد برای استنباط احکام به یک اندازه مورد استفاده ققیهان صحابه نبوده است. برخی بسیار و برخی دیگر بطور زیاد و عده ای آن را بطور متوسط مورد استفاده قرار دادند. از مشهورترین صحابه ای که بیش از دیگران رأی را بکار بردند عمر بن خطاب، عبدالله بن مسعود، ابن عباس، عایشه و زید بن ثابت می باشند.^۱ عمر بن خطاب در رأس این افراد قرار دارد. او در بند ظواهر نصوص نبود بلکه مقاصد نهفته در نص را به نیکی استنباط می کرد. از معروفترین افرادی که همین شیوه عمر را دنبال کرد عبدالله بن مسعود بود. او تقریباً در بیشتر آراء و دیدگاهها موافق عمر بود که همین مسأله می تواند راز اینکه چگونه مکتب فقهی عراق که پس از آن عصر پدید آمد و به رأی و استعمال قیاس مشهور شد بگشاید زیرا دانش فقهی عراق ارث بجای مانده از عبدالله بن مسعود بود که او در استناد به قیاس و توسعه دامنه آن همان روش عمر را داشت.^۲

در مقابل این گروه مشهور به اعمال رأی، عبدالله بن عمر قرار دارد. او شیوه ای کاملاً متفاوت و مخالف با شیوه پدر خود داشت. عبدالله بن عمر و عبدالله بن عمرو بن عاص از مشهورترین کسانی هستند که از بکارگیری رأی پرهیز داشتند.^۳

بند سوم: موضع صحابه نسبت به رأی خود

۱- ابن القیم، اعلام الموقعین، ج ۱، ص ۱۰.

۲- همان، ج ۱، ص ۱۶.

۳- همان، ج ۱، ص ۴۷.

صحابه در هنگام اختلاف پیرامون یک مسأله بهای ویژه ای برای رأی خود قایل نبودند بلکه آنان بر این باورند که رأی آنها صحیح اما محتمل خطا و رأی دیگران خطا اما محتمل صواب است همانگونه که ابوبکر درباره « کلاله » گفته بود: براساس رأی و اجتهاد خویش حکم می کنم که اگر صحیح باشد از خداوند است و اگر نادرست باشد از من و از شیطان است. عمر هم به کاتب خود دستور داده که چنین بنویسد: این نظری است که عمر بدان رسیده که اگر صواب باشد از خداوند و اگر خطا باشد از عمر است. و حضرت علی در ماجرای زنی که دچار سقط جنین شده بود خطاب به عمر گفت: اگر عثمان و عبدالرحمن اجتهاد کرده باشند رأی شان خطا است و اگر بدون اجتهاد رأی داده باشند تو را فریب داده اند و در حق تو انصاف رعایت نکرده اند.^۱

صحابه نسبت به آرای یکدیگر احترام متقابل قایل بودند و هیچ وقت به رأی خود تعصب به خرج نمی دادند و هرگز در تلاش نبودند که رأی خود را به عنوان مذهب برای مردم قرار دهند حتی اگر آن رأی از سوی خلیفه صادر شده باشد. عمر بن خطاب روزی مردی را که مشکلی داشته بود در راه دید و از او سؤال کرد چه کار کردی؟ آن مرد گفت: علی اینگونه فتوا داد و حکم کرد. عمر گفت: اگر من بودم چگونه ای دیگر قضاوت می کردم. آن مرد گفت: چه چیزی مانع قضاوت تو می شود در حالی که شما خلیفه هستی؟ عمر گفت: اگر شما را به قرآن یا سنت پیامبر (ﷺ) ارجاع می دادم همین کار را می کردم اما شما را به رأی ارجاع می دهم و رأی هم مشترک است و نمی دانم کدامیک از دورای در نزد خداوند احق است.^۲

اما در عصر پس از صحابه بود که آراء و فتاوی مجتهدان صحابه جایگاه والایی در فقه اسلامی پیدا کرد بویژه در مکتب فقهی مدینه که آرای صحابه در مرتبه چهارم پس از قرآن و سنت و اجماع قرار دارد و به همین دلیل نیز بود که راویان تابعی آرای صحابه را جزو سنت بشمار آوردند.

^۱ - ابن قدامه، روضه الناظر، ص ۲۹۶.

^۲ - شلبی، المدخل، ص ۱۱۳.

به همین ترتیب در دوران مذاهب پیرامون حجیت مذهب صحابی درمسأله اجتهادی مباحثات و آرای مطروح گردید بدین شیوه که برخی آن را بطور مطلق فاقد حجیت و برخی دیگر آن را مطلقاً حجّت دانسته اند و کسانی هم قایل به تفصیل شدند و عده ای فقط قول خلفای راشدین را حجّت شمرده اند.

برجسته ترین ویژگی دراجتهاد به رأی صحابه، استواراندیشی و رعایت حکمت است زیرا در شریعت احکامی وجود دارد که به صورت مطلق یا به صورت معلّل آمده است و صحابه زمانی که به جستجوی آن علت ها اقدام نمودند ملاحظه کردند که برخی از آن علت ها از میان رفته و یا آنچه حکم شرعی بخاطر آن تشریح شده تغییر یافته و دگرگون گردیده است و به همین سبب عمل بدان احکام را متوقف کردند همانگونه که احکام « مؤلفه القلوب » در باب زکات را به همین دلیل متوقف کردند.

علاوه بر آن، احکامی وجود دارد که با وجود اعتراف به مشروعیت آن، گاهی از آن نهی کرده اند بخاطر مفسده ای که بدنبال دارند مانند نهی عمر بن خطاب از همسرگرفتن زنان اهل کتاب. افزون بر این، صحابه گاهی به اقتضای حالتی که در زمان رسول خدا (ﷺ) وجود نداشت و نیز برای جلوگیری از مفسده ای که وقوعش حتمی یا محتمل بود احکامی بازدارنده مقرر ساختند هرچند این کار به تخصیص نص یا ترک ظاهر نص منجر شود. نمونه های این شیوه بسیار است. ازجمله: حکم به ضامن بودن پیشه وران، افزودن به مقدار حد شرب، حکم عمر بن خطاب به وقوع سه طلاق در یک مجلس و بدینسان است که رأی از دیدگاه صحابه شامل قیاس، مصالح مرسله، سد ذرایع و استحسان و دیگرمنابع تبعی می گردد. آن منابع و روشهایی که در اجرای آنها درمقام اجتهاد و استنباط به اختلاف در تطبیق و اجرا و درنتیجه به تفاوت دیدگاهها و آراء در احکام فقهی انجامیده است.^۱ در پایان این مبحث شایسته است که عوامل کم بودن اختلاف در

^۱ - الزلمی، خاستگاههای اختلاف در فقه مذاهب، ص ۳۸۸ - ۳۸۹؛ العیالی، ادب الاختلاف فی الاسلام، ص ۵۴.

دوران صحابه و مهمترین ویژگیهای ادب خلاف در آن دوره مطرح گردد تا خواننده بطور کامل نسبت به خلاف در دوران صحابه احاطه داشته باشد.

بند چهارم: میزان اختلاف در دوران صحابه

عوامل اختلاف به هرمقدار که فزونی داشته باشد اختلاف نیز افزایش پیدا می کند و به هرمقداری که عوامل اختلاف کاهش داشته باشد اختلاف نیز کم خواهد بود. از مهمترین عوامل کم بودن اختلاف در دوران صحابه موارد زیر است:^۱

- ۱- سکونت کردن همه آنان در سرزمینی واحد در اوایل دوران خلفای راشدین که همین مساله موجب تسهیل گردهمایی و اتفاق نظر آنان در بسیاری از احکام فقهی گردید.
- ۲- بکارگیری نظام شورا بدین گونه که هرگاه مساله ای رخ می داد خلیفه با بزرگان صحابه مشورت می کرد.

- ۳- کم بودن مشکلات و حوادث در این دوران نسبت به دوره های بعد.
- ۴- کم بودن نقل حدیث که بعدها یکی از مهمترین عوامل اختلاف فقها گردید.
- ۵- شتاب نکردن در اظهار نظر زیرا دیدگاهها و احکام صادره توسط آنان بر اندیشدن و تأمل و بررسی همه جانبه موضوع استوار بود.

- ۶- در آن دوران سیاست تابع فقه بود حال آنکه بعدها فقه تابع سیاست گردید. علت این مساله این بود که در دوران صحابه نظام شورا و قانون برامت اسلام حاکم بود.

بند پنجم: ویژگیهای ادب اختلاف در دوران صحابه

مهمترین ویژگیهای ادب اختلاف در این دوره به شرح زیر است:^۲

الف: دوری کردن از اختلاف تا حد امکان.

^۱ - الحجوی، الفكر السامی، ج ۱، ص ۲۱۶؛ پدران، تاریخ الفقه الاسلامی، ص ۶۴.

^۲ - العلوانی، ادب الاختلاف فی الاسلام، ص ۷۰؛ ابوزهره، تاریخ الجدل، ص ۱۱۰-۱۱۱.

ب: هرگاه اختلاف دارای سبب معقول باشد مانند اطلاع برخی از وجود سنت در موضوع خلاف و عدم آگاهی برخی دیگر از آن یا اختلاف در فهم نص یا در لفظ نص، آنان در این گونه حالات هرگز از حد تجاوز نکرده و ستیزه گری نمی کردند و قول حق را می پذیرفتند و بدون هیچ تردید یا واهمه ای به خطای خود اعتراف می کردند. علاوه بر آن، آنان احترام زیادی برای عالمان و فقیهان و اهل فضل قایل بودند و هیچ کس از آنان از قدر و منزلت خود تجاوز نمی کرد و در مقابل، قدر و منزلت برادر دینی اش را نیز نادیده نمی گرفت. همه معتقد بودند که رای و نظر، مساله مشترکی است و همانگونه که ممکن است حق در طرف راجح از نظر قایل به راجح بودن آن، باشد احتمال وجود حق در طرف رای مخالف که از نظر او، آن رای مرجوح است وجود دارد و البته که هیچ مانعی وجود ندارد که آن رای مرجوح رای راجح گردد.

ت: اخوت دینی در میان آنان بعنوان یک اصل از اصول اسلام که برپایی و پایداری اسلام بدون آن ممکن نیست بشمار می آمد و از نظر آنان برادری دینی فراتر از خلاف یا وفاق در مسائل اجتهادی است.

ج: در مسائل اعتقادی اختلافی وجود نداشت و اختلاف فقط محدود به مسائل فروع فقهی بود.

ح: قاریان و فقیهان همانند رهبران سیاسی دارای جایگاه بارز و روشن بودند با اینکه هر کدام از آنان در بخشی از فقه شهرت خاصی داشت و شیوه و روش استنباط مشخصی داشته است.

خ: استدراکات آنها نسبت به یکدیگر بعنوان کمک و همیاری بشمار می آوردند که شخص مستدرک آن را به برادر دینی اش ارزانی می داشت و هرگز بعنوان عیب یا نقد بشمار نمی آوردند.

گفتار سوم: خلاف در دوران تابعین

جامعه اسلامی تا دوران خلافت حضرت عثمان از ثبات سیاسی برخوردار بود اما با به شهادت رسیدن حضرت عثمان جامعه اسلامی ثبات سیاسی خود را از دست داد و دچار هرج و مرج سیاسی

گردید^۱ و به چند گروه سیاسی و مذهبی تقسیم شد که به تبع این تقسیم بندی دیدگاههای مختلفی راجع به شیوه استنباط احکام پدید آمد و همین مساله خود به اختلافات فقهی بیشماری منجر گردید. اختلافات جمهور یا اکثریت فراتر از مسائل و جزئیات فقهی نبود؛ آن مسائل فقهی که هرگاه نصوص قرآن و سنت داور قرار داده شود به سرعت حل و فصل می گردید و خلاف رخت بر می بست و همه افراد اطراف خلاف در پرتو آداب و اخلاق نبوی حق را پذیرا می شدند زیرا سبب اختلاف معمولاً یا عدم اطلاع از سنت و یا اختلاف در فهم یا اختلاف در لفظ نصوص بوده است. اما علاوه بر این اسباب علمی موجب اختلاف، مساله دیگری پا به عرصه اختلافات گذاشت و دامنه آن را شدت بخشید. این مساله جدید همان اختلافات سیاسی است که پس از فتنه شهادت خلیفه سوم، عثمان و انتقال خلافت به کوفه و سپس به شام و بروز حوادث بزرگ در سطح جامعه پدید آمد. همین حوادث و مشکلات جدید بودند که امور و مسائل خارج از دایره خلاف را وارد دایره خلاف کرد و در موضعگیری و تمسک مردم هر منطقه و سرزمین به احادیثی که در دستشان بوده و از آن اطلاع داشته اند و عدم توجه به احادیث موجود در دسترس مردمان دیگر مناطق نقش بسزایی داشت. نگرش و موضعگیری که شرایط و اوضاع سیاسی بوجود آمده عامل اصلی آن بوده است.

در این میان، عراق با دو شهر بزرگ کوفه و بصره به محیط مناسب و آماده برای کشمکشهای سیاسی و ریختن آنها در قالب عقیده و صادر کردن آن به دیگر مناطق تبدیل شده بود. در همین عراق بود که خوارج پدید آمدند و فرقه هایی چون جهمی و معتزله ظهور کردند و برخی از هواپرستان و بدعتگران رواج و انتشار یافتند و جعل حدیث و تالیف حکایات و داستانهای دارای جنبه سیاسی و فخر فروشی آغاز گردید تا بدانجا که امام مالک در مورد کوفه می گوید: آن

^۱ - الفطآن، تاریخ التشریع الاسلامی، ص ۲۸۰

سرزمین کتک است.^۱ و زهری گفته است: «حدیث از نزد ما یک وجب بیرون می‌رود ولی در عراق یک ذراع می‌گردد».^۲ همین امور و مسائل بود که فقهای عراق را واداشت تا در هنگام پذیرش احادیث و اخبار احتیاط بیشتری کنند و برای قبول احادیث و اخبار شروطی قرار دهند که در نزد پیشینیان مطرح نبوده است که البته این احتیاط و سخت‌گیری در اعمال شروط در جهت حفظ دین در برابر افکار هواپرستان و بدعتگذاران بوده است. موضعگیری فقیهان عراق در پذیرش احادیث و اخبار بدینگونه بود چه رسد به فقهای غیرعراق که در عمل کردن به احادیث و روایات اهل عراق نهایت احتیاط بکار بردند بگونه‌ای که اهل حجاز معتقد بودند که حدیث عراقی‌ها یا شامی‌ها قابل قبول نیست مگر آنکه در نزد حجازی‌ها اصلی داشته باشد.^۳ و هنگامی که یکی از عالمان حجاز سوال شد که نظر شما درباره حدیث سفیان ثوری از منصور معتمر از ابراهیم نخعی از علقه نخعی از عبدالله بن مسعود که از صحیح‌ترین سندهای حدیثی در نزد عالمان عراق است چیست؟ او در جواب گفت: اگر آن حدیث در نزد اهل حجاز اصلی نداشته باشد قابل قبول نیست.^۴ و هنگامی که عباس، ربیع بن عبدالرحمن - ربیعہ رای - را بعنوان وزیر و مشاور خود قرار داد، ربیعہ پس از چندی استعفای خود را تقدیم کرد و به مدینه برگشت. در این هنگام از او سؤال شد: عراق و اهل عراق چگونه بودند؟ او گفت: قومی دیدم که حلال ما در نزدشان حرام و حرام ما حلال است. چهل هزار نفر در عراق بجا گذاشتم که بر ضد دین اسلام توطئه می‌کنند!! از او نیز نقل شده که گفته است: گویی پیامبری که برای ما مبعوث شده غیر از پیامبری که برای آنان مبعوث شده است!^۵

^۱ - الحجوی، الفکر السامی، ج ۱، ص ۳۱۳.

^۲ - العلوانی، ادب الاختلاف فی الاسلام، ص ۷۸.

^۳ - الحجوی، الفکر السامی، ج ۱، ص ۳۱۲.

^۴ - همان مرجع.

^۵ - همان مرجع.

گرچه مقصود از این اقوال و حکایات اهل بدعت و هواپرستان نه جمهور مسلمانان است اما آن بطور واضح و روشن بر امور و مسائلی چند دلالت دارد که در حرکت فقهی و مواضع فقیهان دو سرزمین عراق و حجاز و شیوه‌های آنان در استنباط احکام تاثیر بسزایی بجا گذاشتند.

تشریع در دوران تابعین ادامه تشریع در دوران صحابه است با این تفاوت که در این دوران به سبب اختلاف نظر در اجماع و حجیت آن، حجیت قیاس و همچنین اختلاف در دیگر منابع تبعی استنباط احکام فقهی تغییری ملموس در فقه و تشریع رخ داد. این تغییر و تحول در عمل به اصول و منابع تشریع به تقسیم مذهبی یا سیاسی مسلمانان به سه گروه عمده شیعه، خوارج و جمهور یا اکثریت منجر گردید و همین اختلاف سیاسی بود که به آشفتگی عملی منجر شد و در اختلافات فقهی تاثیر بسزایی از خود بجا گذاشت.^۱

مجتهدان در دوره تابعین به دو گرایش فقهی تقسیم شدند: فقیهان مکتب اهل حدیث که در مرز ظواهر نصوص توقف کردند و فقط در هنگام ضرورت کامل به قیاس رأی می‌آوردند و فقیهان مکتب اهل رأی که بر دامنه توسل به رأی در استنباط احکام فقهی اصرار داشته‌اند. پایگاه مکتب اهل حدیث مدینه منوره و سرآمد فقیهان آن نیز سعید بن مسیب بود. او و پیروانش بر این عقیده بودند که ساکنان حرمین شریفین آگاهترین و معتبرترین افراد در حدیث و فقه هستند. او به همین دلیل به روایات و آثاری که مردم مدینه و مکه در اختیار داشتند رو آورد و فتوای خلفای راشدین، عایشه، ابن عباس، زید بن ثابت، عبدالله بن عمر و ابوهریره و همینطور، احکام و داوری‌های قاضیان مدینه را جمع‌آوری کرد و به این نتیجه رسید که پس از این همه روایات و آثار و احکام و فتاوی از بکار گرفتن رأی و اجتهاد بی‌نیاز است.

به همین دلیل هرگاه برای فقیهان این مکتب واقعه‌ای اتفاق می‌افتاد آن را بر کتاب خداوند و سپس بر سنت پیامبر (ﷺ) و از آن پس بر آثار و روایات صحابه عرضه می‌داشتند و اگر همه

^۱ - السابس، تاریخ الفقه الاسلامی، ص ۶۹.

جستجوها برای یافتن حکم از این طریق راه به جایی نبرد به رأی و اجتهاد روی می‌آوردند و گاهی از دادن هرگونه فتوایی خودداری می‌کردند و راه بزرگان مکتب خود همچون عبدالله بن عمر در پیش می‌گرفتند که در مرز دلایل نقلی روایات توقف می‌کرد و از فتوا دادن به استناد رأی و اجتهاد پرهیز می‌کرد.^۱

اهل حجاز اعتقاد دارند که آنان سنت را ضبط و حفظ کرده‌اند و چیزی از نظر آنان پنهان نمانده است چرا که مدینه اقامتگاه ده هزار یار پیامبر (ﷺ) بود که پس از جنگ حنین و تاهنگام وفات پیامبر (ﷺ) در آن سکونت کردند و عمر بن عبدالعزیز به دیگر مناطق و نواحی نامه می‌نوشت و سنت و فقه را به آنان آموزش می‌داد اما هنگامی که به مدینه نامه می‌نوشت در مورد سنت از آنان کسب اطلاع می‌کرد. سعید بن مسیب و شاگردانش حامل سنت و فقه و آثار صحابه بودند و مالکیه و شافعیه و حنابل و ظاهریه و دیگران سنت و فقه صحابه را از آنان یاد گرفتند و علمای تابعین مدینه بر این باور بودند که سنت و آثار و احادیثی که در اختیار دارند نیازهای فقهی آنان را برآورده می‌سازد و بنابراین ضرورتی برای عمل به رأی وجود ندارد با اینکه برخی از آنان به رأی عمل کردند و حتی به عمل کردن به رأی مشهور شدند مانند استاد امام مالک، ربیع بن عبدالرحمن -ربیع الرأی- گرچه اکثریت عالمان مدینه عالم سنت و احادیث بودند و کمتر به قیاس روی آوردند.

اما مکتب رأی میان عراقیان گسترش یافت و ابراهیم نخعی سردمداران این مکتب بود. او و پیروان فکری‌اش بر این باور بودند که احکام الهی معلّل به علل قابل فهم و ادراک است و این احکام منافع و مصالح بندگان را در بر دارد و بر مبانی محکم و علت‌هایی مشخص که آن مصالح را برآورده می‌سازد بنا شده است. فقیهان این مکتب از همین روی به جستجوی آن علل پرداختند و احکام را در بودن یا نبودن بدان علل وابسته دانستند. هرگاه برای فقیهان این مکتب مسأله‌ای اتفاق

^۱ - السایس، تاریخ الفقه الاسلامی، ص ۸۴-۸۵؛ شلبی، المدخل، ص ۱۲۷-۱۲۸.

می‌افتاد نخست در صدد یافتن علتی بودند که حکم مذکور بر آن بنا شده است. آنان گاهی برخی از احادیث را به استناد این که با آن علت‌ها مخالف است و بویژه هنگامی که حدیث در تعارض با حدیث دیگری بود رد می‌کردند و در این کار شیوه معلم نخست خود عبدالله بن مسعود در پیش گرفتند.

اهل رأی مانند ابراهیم نخعی و یارانش اعتقاد داشتند که آنها نیز اطلاع زیادی در مورد سنت و احادیث دارند زیرا تعداد زیادی از صحابه در میان آنان زندگی می‌کردند و بسیاری از آن صحابه فقیه بودند که در راس آنان عبدالله بن مسعود قرار داشت. علاوه بر آن، حضرت علی در مدت خلافتش و دیگر صحابه مانند ابوموسی اشعری و عمار و ... در عراق بودند.

ابراهیم نخعی و اکثریت فقیهان عراق اعتقاد دارند که احکام شرعی دارای معنای معقول و مشتمل بر مصالح بندگان و بر پایه اصول و قواعد محکم و علل منضبط بنا شده است که این اصول و علل از خلال قرآن و سنت پیامبر قابل فهم است و احکام فقهی بخاطر آن علتها تشریع شده است و بحث و تحقیق درباره علت‌های احکام وظیفه فقیه است. علاوه بر آن، عالمان عراق اعتقاد داشتند که نصوص شرعی محدودند اما وقایع و حوادث نامحدود است و نصوص با وفات پیامبر (ﷺ) به پایان رسیده است و بر این اساس اگر علت‌های احکام مورد توجه قرار نگیرد تأمین نیازهای حقوقی و فقهی مردم غیرممکن خواهد بود.

حسن بن عیبدالله نخعی می‌گوید: از ابراهیم نخعی سؤال کردم آیا همه آنچه بدان فتوا می‌دهی شنیده‌ای؟ گفت: خیر. گفتم: به آنچه نشنیده‌ای فتوا می‌دهی؟ گفت: شنیده‌ام اما مسائل و حوادثی از من سؤال می‌شود که پیرامون آنها حدیثی شنیده‌ام و بنابراین آنها را به آنچه شنیده‌ام قیاس می‌کنم.^۱ ویژگی مدرسه عراق عمل کردن به رأی در صورت نبود حدیث یا اثر بود. اما سعید بن مسیب و عالمان مدینه به علل احکام توجهی نداشته‌اند مگر آنکه نص یا اثر در دسترس نباشد و

۱- ابن الخطیب، الفقیه و المتفقه، ج ۱، ص ۴۹۹.

در دسترس نبودن نص یا اثر چگونه ممکن است در حالی که آنان نسبت به تمام قضاوت‌های پیامبر (ﷺ) و ابوبکر و عمر و عثمان و علی آگاهی داشته‌اند.^۱ دیگر آنکه حوادث و جریان‌هایی که در عراق رخ داد در مدینه وجود نداشت و به همین دلیل است که بسیاری از عالمان مدینه هرگاه مورد سؤال واقع می‌شدند اگر درباره مسأله، حدیث یا اثری وجود داشته باشد براساس آن جواب می‌دادند و گرنه طلب معذرت می‌کردند. از مسروق درباره مسأله‌ای سؤال شد که او در جواب گفت: نمی‌دانم. به او گفته شد: با رأی خود قیاس کن. گفت: می‌ترسم که از راه حق منحرف شوم.^۲ از جمله کسانی که از فتوا دادن براساس رای ترس و واهمه داشت ابن وهب است. او می‌گوید: امام مالک گفته است هنگامی که از امام مسلمانان، پیامبر (ﷺ) سؤال شد او جواب نداد تا آنکه از آسمان وحی نازل شد پس اگر پیامبر خدا (ﷺ) سؤال را جواب نمی‌داد مگر با نزول وحی، جواب دادن براساس رای یا قیاس یا تقلید از کسی که به او حسن ظن وجود دارد یا بر اساس عرف، عادت، سیاست، ذوق، کشف یا رؤیا، استحسان یا حدس و گمان جرأت و شهامت زیادی می‌طلبید.^۳

شایسته یادآوری است که آنچه درباره اختلاف دو مکتب یا دو گرایش حجاز و عراق گفته شد بدین معنا نیست که همه فقیهان عراق، اهل رأی و یا همه فقیهان حجاز اهل حدیث بوده‌اند بلکه هم در میان عراقیان کسانی چون عامر بن شراحیل معروف به شعبی وجود داشتند که رأی را نمی‌پسندید و آن را رد می‌کرد و به همان شیوه اهل حدیث استناد می‌کرد و می‌گفت: آنچه از پیامبر خدا برایتان رسیده است بپذیرید و آنچه از رأی و اجتهاد فقیهان است به دور افکنید و هم

۱- القطان، تاریخ التشریع الاسلامی، ۲۹۲.

۲- ابن الخطیب، الفقیه و المتفقه، ج ۱، ص ۴۵۸؛ ابن عبدالبر، جامع بیان العلم، ج ۲، ص ۷۶؛ ابن القیم، اعلام الموقعین، ج ۱، ص ۳۵۷.

۳- ابن القیم، اعلام الموقعین، ج ۱، ص ۳۲.

در میان حجازیان کسانی چون ربیعہ بن عبدالرحمن، استاد مالک بن انس بودند که به رأی روی می‌آورد و به همین سبب «ربیعہ الرأی» لقب یافت.

دیگر آنکه فقیهان اهل رأی و اجتهاد هیچ گاه رأی را بر سنت پیامبر مقدم نمی‌ساختند چه همه مسلمانان بر این اتفاق نظر دارند که هرگاه سنت پیامبر (ﷺ) برای کسی احراز شود او نمی‌تواند با استناد به گفته یا اجتهاد کسی دیگر، آن را واگذارد.

بطور کلی اسباب اختلاف در این دوره را می‌توان در پراکنده شدن اصحاب در مناطق مختلف، روی برتافتن برخی از خلفای بنی امیه از سنت سلف صالح، شیوع روایت حدیث، وضع حدیث و ظهور دو گرایش فقهی اهل رأی و اهل حدیث بشمار آورد.^۱

خلاصه سخن این است که تغییر و تحولات سیاسی پس از شهادت حضرت عثمان و آشفتگی و بی‌ثباتی سیاسی جامعه اسلامی و برخوردار نبودن از یک دولت یا به عبارتی تجزیه سیاسی جامعه اسلامی نقش موثری در آشفتگی حرکت علمی بر جای گذاشت بگونه‌ای که همین تغییر و تحولات سیاسی موجب سوء استفاده اهل بدعت و هواپرستان گردید و زمینه وضع احادیث در جهت اهداف سیاسی و مذهبی را برای آنان فراهم ساخت که این خود در نوع موضعگیری عالمان مناطق مختلف به احادیث موجود در غیر مناطق خود که بعدها یکی از علل اصلی اختلاف میان فقها گردید سهم بسزایی داشت تا بدانجا که ممکن است حدیثی در نزد اهل حجاز صحیح باشد اما عراقی‌ها آن را صحیح ندانند.

در هر حال اختلافات مذکور در آن دوره گرچه دارای دلایل موجه می‌باشد اما امروزه پس از آنکه تمام احادیث پیامبر (ﷺ) جمع آوری شده و صحیح و ضعیف و حسن و دیگر مراتب آن مشخص گردیده است دلیلی برای اختلاف درباره عدم اطلاع از حدیث صحیح یا ضعیف وجود

^۱ - بدران، تاریخ الفقه اسلامی، ص ۷۰-۷۵

ندارد و عذر هیچ کس پذیرفتنی نیست پس از آنکه سنت پیامبر (ﷺ) برای او مشخص و محرز گردیده است همانگونه که امام شافعی گفته است.^۱

سخن آخر آنکه خلاف میان دو مدرسه رأی و حدیث گرچه به اوج خود رسید و دو مکتب به نقد یکدیگر پرداختند اما خلاف و نقد هرگز بدور از رعایت آداب اختلاف نبوده است و هیچکدام قایل به تکفیر یا تفسیق یا اتهام مخالف به بدعت نبوده است.

ابن ابوشبرمه می‌گوید: من و ابوحنیفه به نزد جعفر بن محمد (ع) که یکی از دوستانم بود رفتیم و بر او سلام کردم و گفتم: خداوند تو را سعادت‌مند و خوشبخت گرداند. این مرد از اهل عراق است و دارای فقه و دانش زیادی است. جعفر گفت: شاید او کسی باشد که با رأی خود در دین قیاس می‌کند؟ سپس گفت: آیا او نعمان نیست؟ ابوحنیفه در این هنگام گفت: آری، خداوند تو را اصلاح کند. جعفر گفت: از خدا بترس و دین را با رأی خود قیاس مکن. چه، اولین کسی که قیاس کرد ابلیس بود آن هنگامی که خداوند او را به سجود در برابر آدم دستور داد اما او امتناع کرد و گفت: من بهتر از آدم هستم. مرا از آتش آفریدی حال آنکه آدم را از گل سرشته‌ای، جعفر سپس به ابوحنیفه گفت: آن کلمه‌ای که اولش شرک است و آخرش ایمان است چیست؟ ابوحنیفه گفت: نمی‌دانم. جعفر گفت: آن کلمه همان «لا إله الا الله» است. اگر شخص بگوید «لا اله» و توقف کند و بقیه عبارت را نگوید کافر می‌شود. این عبارت اولش شرک و آخرش ایمان است. سپس گفت: کدامیک در نزد خداوند عظیم‌ترند؟ قتل نفس یا زنا؟ ابوحنیفه گفت: قتل نفس. جعفر گفت: خداوند در مورد قتل نفس شهادت دو شاهد را قبول کرده اما در مورد زنا فقط شهادت چهار نفر را پذیرفته است. قیاس شما بر چه پایه‌ای استوار است؟ جعفر سپس گفت: کدامیک در نزد خداوند عظیم‌ترند؟ روزه یا نماز؟ ابوحنیفه گفت: نماز. جعفر گفت: پس چرا زن اگر دچار عادت ماهیانه شود روزه را قضا می‌کند اما نماز را قضا نمی‌کند؟ ای بنده ی خدا بترس و قیاس

^۱ - الشافعی، الرسالة، ص ۱۲۱.

مکن. فردا ما و شما در درگاه خداوند خواهیم ایستاد و ما خواهیم گفت: قال الله و قال رسول الله اما شما و یارانت خواهید گفت: قیاس کردیم و رأی ما این بود و خداوند آنچه را اراده کند در مورد ما و شما انجام خواهد داد.^۱

بررسی شخصیت علمی ابوحنیفه و آرای فقهی- اصولی او نشان می دهد که این سوالات به گونه ای نیست که او از پاسخگوئی به آنها عاجز بماند. روایات صحیح تری که این واقعه را نقل کرده اند نشان می دهد که ابوحنیفه به تمامی این سوالات پاسخ علمی و قانع کننده داده و متعاقب آن امام جعفر صادق-ع- او را در آغوش گرفته و مورد تکریم قرار داده است. روایت ضعیف تر بر فرض صحت بر رعایت ادب ابوحنیفه در برابر اهل بیت پیامبر(ﷺ) حمل می شود.^۲

امام مالک از ربیعہ نقل کرده که گفته است: از سعید بن مسیب درباره دیه انگشت زن سؤال کرده بود. سعید در جواب گفته است: ده شتر. ربیعہ گفت: در دو انگشت چقدر؟ سعید گفت: بیست شتر. ربیعہ گفت: در سه انگشت؟ سعید گفت: سی شتر. ربیعہ گفت: در چهار انگشت چقدر؟ سعید گفت: بیست شتر. ربیعہ می گوید: گفتم حال که زخمش بزرگتر شده و مصیبتش شدیدتر شده دیه اش کمتر می شود؟ سعید گفت: آیا شما عراقی هستی؟ ربیعہ گفت: بلکه عالم محقق یا جاهل بدنبال علم. سعید گفت: ای برادر، سنت همین است.^۳

همانگونه که از این مسأله ملاحظه می شود آن آنکه طرفی ناراحت و خشمگین شود یا طرف مقابل را به جهل متهم سازد یا آنکه خودش را بر صواب و حق و دیگران را بر باطل بداند حل و فصل گردید.

^۱- ابن القیم، اعلام الموقعین، ج ۱، ص ۲۲۵؛ الجندی، الامام الصادق، ص ۲۲۱.

^۲- بلتاجی، مناهج التشریع الاسلامی، ص ۱۶۴.

^۳- السایس، تاریخ الفقه الاسلامی، ص ۸۷؛ الخضری، تاریخ التشریع الاسلامی، ص ۹۳.

مذهب سعید و اهل حجاز این است که دیه زن مانند دیه مرد است تا آنکه به یک سوّم دیه مرد برسد که هرگاه از یک سوّم بیشتر شود دیه زن نصف دیه مرد است بدلیل حدیث عمرو بن شعیب از پیامبر (ﷺ) که فرموده است: « دیه زن مانند دیه مرد است تا آنگاه که به یک سوّم دیه برسد. »^۱ اما مذهب اهل عراق این است که دیه زن ابتدائاً نصف دیه مرد است. روزی شعبی - عامر بن شراحیل - با مردی پیرامون قیاس مناظره می‌کرد و به آن مرد گفت: اگر احنف بن قیس به همراه یک کودک کشته شود آیا دیه‌شان یکسان است یا اینکه احنف بخاطر عقل و بردباری‌اش دیه‌اش بیشتر است؟ آن مرد گفت: دیه‌شان یکسان است. شعبی گفت: پس قیاس هیچ جایگاهی ندارد.

روزی اوزاعی با ابوحنیفه در مکه ملاقات کرد. اوزاعی گفت: چرا شما در هنگام رکوع و بالا آمدن از رکوع دستهایتان را بالا نمی‌برید؟ ابوحنیفه گفت: حدیثی در این باره از پیامبر (ﷺ) ثابت نشده است. اوزاعی گفت: چگونه حدیثی ثابت نشده است در حالی که زهری از سالم از پدرش از پیامبر (ﷺ) روایت کرده که پیامبر (ﷺ) هر گاه نماز را شروع می‌کرد و به رکوع می‌رفت و از رکوع بالا می‌آمد دستهایش را بالا می‌برد؟ ابوحنیفه گفت: حماد از ابراهیم از علقمه از اسود از ابن مسعود روایت کرده که پیامبر (ﷺ) فقط در هنگام افتتاح نماز دستهایش را بالا می‌برد و هرگز آن را تکرار نمی‌کرد. اوزاعی گفت: از زهری از سالم حدیث روایت می‌کنم و شما می‌گویید حماد از ابراهیم حدیث روایت کرده است؟ ابوحنیفه گفت: حماد از زهری فقیه‌تر و ابراهیم از سالم فقیه‌تر است و علقمه کمتر از ابن عمر نیست گرچه ابن عمر فضیلت صحبت با پیامبر (ﷺ) را دارد اما اسود هم فضل و برتری زیادی دارد و ابن مسعود هم ابن مسعود است که امام اوزاعی در اینجا سکوت اختیار کرد.^۲

^۱ - النسائی، السنن الکبری، ج ۴، ص ۲۳۵ .

^۲ - السائس، تاریخ الفقه الاسلامی، ص ۸۷ - ۸۸، الغضری، تاریخ التشریع الاسلامی، ص ۹۵

مناظرات و مباحثات پیرامون اختلافات فقهی بیانگر این است که فقیهان تابع دلیل بوده‌اند و هرگاه سنت صحیح باشد هیچ کس با آن مخالفت نمی‌کرد و اگر اختلافی بوجود بیاید آن در فهم نص است و این اختلاف مادام که در محدوده لفظ است و متعارض با ادله صحیح نباشد همگان آن رامی‌پذیرند. دیگر آن که اساس و مرجع فقیهان در هنگام مباحثه پیرامون خلاف فقهی، ادب و مکارم اخلاق نبوی است و اختلاف هرگز موجب بوجود آمدن موانعی مانند کینه یا دلگیری در میان آنان نگردیده است.

گفتار چهارم: خلاف در دوران پیشوایان مذاهب

پیشوایان مذاهب در بسیاری از امور اجتهادی با یکدیگر اختلاف کردند همانگونه که قبل از آنان، صحابه و تابعین نیز دچار اختلاف شدند. البته بدون هیچ شک و تردیدی همه آنان بر راه راست و هدایت می‌باشند مادامی که اختلاف از هوای نفس و میل به تفرقه و چنددستگی نشأت نگرفته باشد. آنان نهایت تلاش و کوشش خود را در جهت اصابت به حق و رضایت پروردگار بکار گرفتند و اختلاف آنان در حقیقت ناشی از شدت اجتهاد در طلب حق است.^۱ و به همین دلیل است که اهل علم در سایر قرون فتاوی فقیهان و مجتهدان دارای اهلیت و شایستگی اجتهاد در مسائل اجتهادی را می‌پذیرفتند. مجتهد مصیب را تصویب و مجتهد مخطئ را تخطئه و برای او طلب مغفرت می‌کردند و نسبت به همه حسن ظن داشته‌اند و قضاوت قاضیان هر مذهبی را می‌پذیرفتند و حتی قاضیان در هنگام نیاز بر خلاف مذهب خود وبدون احساس حرج و مشقت یا تعصب به مذهب معین، حکم صادر می‌کردند چه هر کدام از آنان از سرچشمه شریعت برداشت کرده‌اند حتی اگر دلایل آنان متفاوت و مختلف باشد.

^۱ - ابن عبدالرحمن العثماني، رحمه الامه في اختلاف الائمة، ص ۲.

پیشوایان مذاهب هرگز نسبت به صواب بودن قول خود جزم نداشته‌اند بلکه همانگونه که احتمال خطا در قول خود را روا می‌دارند وجود احتمال صواب در قول مخالف را جایز می‌دانند و بر همین مبنا است که آنان قول مخالف را عملاً رعایت می‌کرده‌اند و سعی داشته‌اند تا حد امکان از خلاف دیگران خارج شوند و هرگز به سرزنش و انکار قول مخالف در مسائل اجتهادی نمی‌پرداختند. ابن نجیم می‌گوید: ^۱ اگر از مذهب ما و مذهب مخالف در فروع سؤال شود واجب است بگوئیم که مذهب ما صواب اما محتمل خطا و مذهب مخالف، خطا اما محتمل صواب است زیرا اگر قایل به قطع شویم در این حالت این قول که مجتهد هم خطا می‌کند و هم به حق اصابت می‌کند صحیح نخواهد بود. از ابوحنیفه هم روایت شده که گفته است: مذهب و رأی ما همین است و هیچ کس را به پذیرش آن مجبور نمی‌سازیم و نمی‌گوئیم که قبول آن به اجبار واجب است و هر کس رأی و نظری بهتر از رأی و نظر ما داشته باشد و آن را ارائه نماید از او می‌پذیریم. ^۲ امام شافعی می‌گوید: آنچه می‌گوئیم درست است و احتمال نادرستی هم دارد و آنچه دیگران می‌گویند نادرست است و احتمال درستی هم دارد. ^۳ امام مالک در جمله معروف خود گفته است: جز پیامبر اکرم ﷺ بخشی از سخن هر کسی قابل پذیرش و بخش دیگری غیرقابل پذیرش است.

پیشوایان فقه و فقاہت هیچکدام از آنان سعی نکرده‌اند که با شدت و عنف دیگران را به قبول رأی خود وادار کنند یا علم و دین دیگران را به بهانه مخالفت با خود مورد تهمت قرار دهند. اخلاق ائمه نمایانگر فرهنگ آنان در رعایت خلاف و ادب آن است. امام احمد که رأی اش بر این است که در صورت خونریزی می‌باید وضو تجدید شود وقتی از او سؤال شد که آیا پشت سر کسی که بعد از خارج شدن خون وضو نگرفته است نماز می‌خوانی؟ او با حالت عصبانی جواب

^۱ - ابن نجیم، الاشیاء و النظائر، ص ۴۵۲.

^۲ - العلوانی، ادب الاختلاف فی الاسلام، ص ۷۴؛ ابن عبدالبر، الانتقاء، ص ۱۴۰.

^۳ - القرضاوی، الحلال و الحرام، ص ۱۰؛ الخطیب، تاریخ بغداد، ج ۱۳، ص ۳۵۲.

داد: چگونه پشت سر مالک و سعید بن مسیب نماز نخوانم؟ رأی امام مالک و سعید بن مسیب این بود که تجدید وضو برای خارج شدن خون از بدن لازم نیست.

پیشوایان فقه در بسیاری اوقات رأی مختار خود را با عبارتی چون «این احوط است»، «این بهتر است»، «این شایسته نیست» و ... بدون هیچگونه سخت گیری و تنگ نظری یا متهم ساختن دیگران تبیین می کردند.^۱ در میان صحابه و تابعین تابعین مجتهدانی بودند که «بسمله» را در نماز نمی خواندند و در مقابل کسانی نیز بودند که آن را می گفتند. برخی دیگر «بسمله» را بصورت جهر و بعضی آن را بطور سرّی قرائت می کردند. بعضی در نماز صبح قنوت می کردند و برخی دیگر قنوت را نمی خواندند. برخی بخاطر استفراغ و حجامت وضو می گرفتند و بعضی دیگر آن را ناقض وضو نمی دانستند. برخی لمس کردن زن را ناقض وضوی دانستند اما برخی دیگر آن را ناقض وضو بشمار نمی آوردند. برخی از آنان خوردن گوشت شتر یا هر گوشتی را که آتش بطور مستقیم در آن موثر واقع شده ناقض وضو دانسته اند اما در مقابل، برخی آن را ناقض وضو نمی دانند که تمام این اختلافات و خلاف های فقهی بیشماری به دوران پیشوایان مذاهب انتقال گردید اما آن اختلاف هرگز مانع نشد که آنان پشت سرهم نماز نخوانند همانگونه که ابوحنیفه و یارانش و شافعی و برخی دیگر در پشت امامان مدینه که مالکی مذهب و غیرمالکی بودند نماز می خواندند حتی اگر آن ائمه ملتزم به قرائت بسمله نه بطور جهری و نه سرّی باشند.

ابن قدامه می گوید: «نماز خواندن پشت سر مخالفان در فروع مانند اصحاب ابوحنیفه و مالک و شافعی صحیح و غیرمکروه است بنا به نص امام احمد زیرا صحابه و تابعین و تابعین پیوسته پشت سر یکدیگر نماز می خواندند با اینکه در فروع با یکدیگر اختلاف داشته اند که این خود نوعی اجماع است و دیگر آن که مخالف یا در اجتهادش مصیب است که دو ثواب می برد؛ یک ثواب بخاطر اجتهادش و یک ثواب بخاطر اصابت به حق، یا اینکه مخطی است که او هم به

۱- الدهلوی، حجه الله الباقه، ج ۱ ص ۲۹۵.

خاطر اجتهادش دارای یک ثواب است و بخاطر خطا هیچ گناهی بر او مترتب نیست زیرا از او برداشته شده است و اگر مأموم بداند که امام رکن یا شرطی ترک می‌کند که از نظر او - مأموم - لازم و واجب است اما از نظر امام لازم نیست و بدان اعتقاد ندارد از ظاهر سخن امام احمد چنین بر می‌آید که نماز خواندن پشت سر آن امام صحیح است. اثرم می‌گوید: از امام احمد درباره مردی که امام جماعت نمازگذاران شده و پوست روباه برتن کرده است سؤال شد. امام احمد گفت: اگر امام از روی تأویل حدیث «ایما اهاب دُبِغَ قَدَّ طَهَّرَ» آن را پوشیده است نماز خواندن پشت سرش صحیح است. از امام احمد سؤال شد آیا شما پوشیدن پوست روباه را جایز می‌دانی؟ گفت: از نظر ما جایز نیست اما اگر امام آن را از روی تأویل پوشیده باشد عیب و حرجی در خواندن نماز پشت سر او وجود ندارد.^۱

روزی هارون رشید پس از انجام حجامت، مسلمانان را در نماز امامت کرد و امام ابویوسف پشت سرش نماز را بجا آورد و آن را اعاده نکرد با اینکه حجامت از نظر او ناقض وضو است. امام شافعی روزی نماز صبح را در نزدیکی قبر ابوحنیفه خواند و با اینکه قنوت از نظر او سنت مؤکد است اما آن را نخواند و هنگامی که از علت نخواندن قنوت از او سؤال شد، او فرمود: آیا در محضر ابوحنیفه با او مخالفت کنم. همچنین گفته است: چه بسا که به «مذهب اهل عراق عمل کنیم».^۲

کتابهای فقهی و تاریخی و طبقات فقها آکنده از شواهد و نمونه‌های دال بر وجود مراعات خلاف و آداب آن در میان علمای سلف و پیشوایان فقه است. عدم توجه به رأی مخالف و آداب و اخلاقیات آن هنگامی نمایان گردید که روح تقلید و همزادش، تعصب ریشه دوانید و در همه جا رایج گردید و در رفتار و مواضع عالمان رخنه کرد بویژه آن هنگامی که سرزمین اسلامی از

^۱ - ابن قدامه، المغنی، ج ۲، ص ۱۱.

^۲ - الدهلوی، حجه الله البالغه، ج ۱، ص ۲۹۶.

عالمان طراز اول تهی گردید. آن عالمانی که امام غزالی درباره آنان چنین می‌گوید: «از عالمان تابعین عده‌ای بر همان شیوه و روش عالمان پیش از خود باقی ماندند و خلوص و صفای دین را حفظ کردند و بر شیوه علمای سلف مواظبت کردند. آنان هر گاه خواسته شوند فرار می‌کنند و روی می‌گردانند و برای تولیت قضاوت و حکومتداری، خلفا از آنان التماس و اصرار می‌کردند اما دیری نپایید که بجای این نسل، عالمان جویندگان دنیا بواسطه دین پا به عرصه وجود نهادند و آنچه دین است جای والا نشست. این عالمان برای رسیدن به عزت و جاه و مقام به تحصیل علم پرداختند و به علم فتوا روی آوردند و خود را بر والیان و حاکمان عرضه کردند و جاه و مقام و بخشش از حاکمان طلب کردند که برخی موفق شدند و آن کس که موفق گردید از ذلت طلب و اهانت بخشش بدور نماند. ققیهان پس از آنکه مطلوب بودند طالب گشتند و پس از آنکه بخاطر روی گرداندن از درگاه حاکمان، عزتمند و ارجمند بودند با روی آوردن به حاکمان خوار و ذلیل شدند مگر آن عده‌ای که خداوند در هر عصر و دوره‌ای توفیقش را شامل حالشان ساخته است»^۱.

این عالمان و بزرگان با چنین ویژگی‌هایی ممکن نبود که اختلاف زیادی میان آنان واقع شود و اگر هم واقع می‌شود آن بخاطر حق بود و هوا و هوس هیچ نقشی در آن خلاف نداشته است زیرا خلافتی که انگیزه و اسبابش جستجوی حق باشد هوا و هوس هرگز نمی‌تواند در آن راهی داشته باشد.

در کتاب بزازیه درباره ابویوسف چنین آمده است که ایشان قبل از نماز جمعه در حمام غسل کرد و سپس برای مردم نماز خواند و بعد از نماز به وی خبر دادند که موش مرده‌ای در مخزن حمام بوده است، ایشان فرمودند پس به رأی برادران مدینه‌ای خود عمل می‌کنیم که می‌گویند هرگاه آب به قلّتین برسد کثافات در پاکی آن تاثیر نمی‌گذارد. از امام خجندی سؤال شد اگر مردی شافعی مذهب به مذهب امام ابوحنیفه انتقال مذهب بدهد و سالی و یا دو سالی نماز نخواند

۱- الغزالی، احیاء علوم الدین، ج ۱، ص ۴۲.

نمازش را چگونه قضا کند؟ او در جواب فرمود: مادامی که او معتقد به صحت هر دو روش باشد براساس هر یک از آنها نمازش را قضا کند صحیح است. همچنین ذکر شده است که اگر یک نفر حنفی مذهب بگوید: اگر با فلان زن ازدواج کردم سه طلاقش افتاده باشد و سپس از شافعی مذهب طلب فتوا کرد و آن مفتی جواب داد که طلاق نمی‌افتد و سخت هیچ اعتباری ندارد و سوگندت باطل است اقتدا به او در این مساله هیچ مانع و مشکلی ندارد زیرا بسیاری از صحابه در جانب رأی شافعی می‌باشند. امام محمد شاگرد ابوحنیفه در کتاب امالی می‌گوید: اگر فقیهی به زنش بگوید شما حتماً طلاق افتاده است و آن را سه طلاق بشمار آورده باشد و قاضی درباره وی حکم کند و بگوید: زنت رجعی است و باید او را برگردانی، رجعت آن صحیح و فقیه مذکور باید قول قاضی را هر چند برخلاف رأی اوست بپذیرد.^۱

حکایت‌ها و شواهد پیشگفته بیانگر این است که پیشوایان و بزرگان دین به کثرت گرایی نظری و عملی در مسائل اجتهادی اعتقاد راسخ داشته‌اند و معتقد بودند که همه مذاهب فقهی در جهت ادعای حقانیت با یکدیگر برابرند و هیچگونه تفاضلی میان آنها نیست زیرا همه آنها مسیرها و راههای برای رسیدن به واقعیت غایی هستند و همگی تا هنگامی که ادعای برداشت نهایی از حق نداشته باشند صحیح است چه همه آن مکاتب فقهی راههای مختلف برای کسب رستگاری و سعادت انسانها و حل و فصل مسائل و مشکلات جامعه است.

آنان در کنار رعایت ادب خلاف هرگز در دام جزم‌اندیشی و مطلق‌انگاری نیفتاده‌اند و به تصویب مطلق اجتهاد خود و تخطئه مطلق افکار و اندیشه‌های اجتهادی دیگران نپرداخته‌اند و به یقین می‌توان گفت که در دوران مجتهدان بزرگ و عصر پیشوایان فقه هیچکدام از آنان اجتهاد خود را حقیقت مطلق و آراء و نظریات اجتهادی دیگران را باطل مطلق بشمار نمی‌آورده است و اندیشه احترام به افکار و آراء مخالف و اعتقاد به احتمال درستی آن و نفی قضاوت مطلق درباره

اجتهادات خود و آرای دیگران در میان عالمان این دوره حاکم بوده است و بخاطر همین نوع نگاه به مخالف و احتمال خطا در قول خود و صواب در قول مخالف است که مذاهب چهارگانه اهل سنت به استحباب خروج از خلاف و مراعات خلاف قائل شدند و آن را بعنوان قاعده در نظر گرفتند و بسیاری از فروع فقهی را بر آن تخریج کردند. بررسی این موضوع که هدف اصلی این تحقیق است در فصل بعدی آمده است.

پیشوایان فقه در این دوره هرگز ادعای علم مطلق نکرده‌اند بلکه پیوسته به علم و اندیشه دیگران احترام قائل بوده‌اند. قاضی عیاض در کتاب «المدارک» نقل کرده است که لیث بن سعد گفته بود: روزی در مدینه بودم که امام مالک را ملاقات کردم و به او گفتم: می‌بینم که عرق پیشانیت را خشک می‌کنی. او گفت: با ابوحنیفه بودم که عرق کردم. ای مصری او چه فقیهی است! لیث می‌گوید: سپس ابوحنیفه را دیدم و به او گفتم: سخن امام مالک درباره تو چه نیک است. ابوحنیفه گفت: در گفتن جواب صادقانه و نقد محکم کسی سریعتر از امام مالک ندیدم.^۱

محمد بن حسن می‌گوید: تنها کسی که می‌تواند ما را ملزم به پذیرش خلافتش سازد امام شافعی است. از او سؤال شد چرا؟ او گفت: بخاطر بیان وتامل و درنگ کردن او در هنگام شنیدن سؤال و جواب دادن.^۲

نقل شده است که از امام مالک چهل و هشت سؤال کردند که او در سی و دو تای آنها به «لادری» جواب داده است. خالد بن خراش می‌گوید: از عراق به نزد امام مالک رفتم و چهل مسأله بر او مطرح کردم که او فقط به پنج مسأله جواب داد. ابن عجلان گفته است: اگر عالم جمله «لأدری» را از ذهنش دور نگه دارد هلاک می‌گردد. از امام مالک از عبدالله بن یزید بن هرمز روایت شده که او گفته است: یک عالم باید جمله «لأدری» را به همنشینان خود یاد بدهد

^۱ - العلوانی، ادب الاختلاف فی الاسلام، ص ۱۲۲

^۲ - ابن عبدالبر، الانتقاء، ص ۸۹

و آن را بعنوان یک اصل به آنان معرفی سازد و هرگاه درباره مسائله‌ای از آنان سؤال شود که جوابش را نمی‌دانند، جوابشان باید «لأدري» باشد. امام شافعی می‌گوید: مالک بن انس استاد بود و علم را از او فرا گرفتم و هرگاه سخنی از عالمان به میان آید امام مالک در میان آنان همانند ستاره درخشان است و هیچ کس بیشتر از امام مالک بر من منت ننهاده است و هرگاه حدیث از سوی امام مالک روایت شود بدان چنگ بزن زیرا امام مالک هرگاه در حدیث شک کند تمام حدیث را ملغی و باطل می‌سازد.^۱

ابوزرعه دمشقی می‌گوید: از امام احمد سؤال شد اگر سفیان و مالک درباره روایتی اختلاف کردند نظر کدامیک راجح است؟ او گفت: مالک بیشتر در قلبم جای دارد. سؤال شد: اگر مالک و اوزاعی اختلاف کردند؟ امام احمد گفت: مالک گرچه اوزاعی هم در زمره امامان است. سؤال شد: ابراهیم نخعی چطور؟ - گوئی که امام احمد چنین می‌پنداشت که ابراهیم را نباید با امام مالک مقایسه کرد زیرا او از اهل حدیث بشمار نمی‌آید- امام احمد گفت: ابراهیم را با معاصرانش قرار بده. همچنین از امام احمد سؤال شد اگر کسی بخواهد حدیث یک عالم را حفظ کند حدیث کدامیک را حفظ نماید؟ او گفت: حدیث امام مالک را حفظ کند.^۲

شعبه بن حجاج که در علم حدیث لقب امیرمومنان را داراست و جایگاه ابوحنیفه هم بر هیچ کس پوشیده نیست این دو شخصیت علمی به رغم اختلاف روش، یکدیگر را بسیار احترام می‌نهادند و رابطه دوستی و مکاتبات میان آنان برقرار بود. شعبه ابوحنیفه را ثقه می‌دانست و از او خواسته بود که حدیث بگوید و چونکه خبر مرگ ابوحنیفه به اطلاع شعبه رسید. شعبه گفت: فقه کوفه با مرگ ابوحنیفه از بین رفت. خداوند او و ما را مورد رحمت خویش قرار دهد.^۳

^۱ - الرازی، آداب الشافعی و مناقبه، ص ۱۹۹؛ ابن عبدالبر، الانتقاء، ص ۲۳.

^۲ - ابن عبدالبر، الانتقاء، ص ۳۰.

^۳ - همان، ص ۳۰.

از امام شافعی نقل شده که گفته است: روزی از امام مالک درباره عثمان بنی سئوال شد. امام مالک گفت: او از نزدیکان است. درباره ابن ابوشیرمه سئوال شد که امام مالک همان جواب را داد. اما وقتی که از ابوحنیفه سئوال شد امام مالک گفت: اگر ابوحنیفه به اینجا بیاید و در نزد این ستونها بنشیند و با شما بحث و استدلال کند که این ستونها از چوباند شما باور خواهید کرد که آنها چوب هستند. مقصود امام مالک استادی ابوحنیفه در نظر و استدلال است. از امام شافعی هم بطور زیاد این گفته نقل شده است که مردم در فقه جیره خوار ابوحنیفه هستند.^۱

سفیان بن عیینه که جایگاه و منزلت علمی او برای همگان محرز و روشن است هرگاه چیزی درباره تفسیر یا فتوا از او سئوال می‌شد به امام شافعی رومی کرد و می‌گفت: از این سئوال کنید و هرگاه امام شافعی را می‌دید می‌گفت: این بهترین جوانان زمانه‌اش است و هنگامی که خبر مرگ شافعی به او رسید گفت: اگر محمد بن ادریس فوت کرده باشد بهترین عالمان زمانه خویش فوت کرده است.

عبدالله بن حکم و پسرش که بر مذهب امام مالک بودند مذهب آنان هرگز مانع نشد که عبدالله فرزندش را به شاگردی کردن در نزد امام شافعی توصیه کند و به او بگوید: ملازم این شیخ- شافعی- باش زیرا هیچ کس بهتر و آگاهتر از او در علم اصول نیست و آن پسر هم به نصیحت پدرش عمل کرد و گفته است: اگر شافعی نبود هیچ وقت یاد نمی‌گرفتم چگونه به کسی جواب دهم. من بوسیله شافعی علم و دانش یاد گرفتم و اوست که قیاس را به من یاد داد- رحمت خداوند بر او باد- او آگاه به سنت و اثر و دارای فضل و نیکی و زبان فصیح و عقل کامل و توانمند بود.

۱- ابن عبدالبر، الانتقاء، ص ۱۳۶؛ ابن الخطیب، تاریخ بغداد، ج ۱۳، ص ۳۴۶.

عبدالله فرزند امام احمد می‌گوید: از پدرم سؤال کردم امام شافعی چگونه مردی بود شما خیلی برای او دعا می‌کنی؟ گفت: فرزندم، شافعی همانند آفتاب برای دنیا و عافیت برای مردم بود حال بین آیا برای این دو جایگزین هست؟

صالح فرزند امام احمد می‌گوید: روزی یحیی بن معین دیدم که می‌گفت: آیا پدرت از کاری که می‌کند شرمنده نمی‌شود؟ گفتم: چه کاری؟ گفت: او را با شافعی دیدم در حالی که شافعی سواره و او پیاده بود و افسار چهارپای شافعی در دست گرفته بود. وقتی موضوع را به پدرم گفتم، او گفت: اگر یحیی بن معین را دیدی به او بگو پدرم می‌گوید: اگر می‌خواهی فقه را یاد بگیری بیا و طرف دیگر زمام چهارپای امام شافعی را بگیر.^۱

ابو حمید بصری می‌گوید: پیش امام احمد بن حنبل بودم و درباره مسأله‌ای با یکدیگر مباحثه کردیم که مردی به احمد گفت: ای ابا عبدالله، در این باره حدیث صحیحی وجود ندارد. امام احمد گفت: اگر حدیث صحیح وجود ندارد قول شافعی درباره آن وجود دارد. دلیل او مطمئن‌ترین حجت‌ها است.^۲

داوود بن علی اصفهانی می‌گوید: اسحاق بن راهویه را دیدم که می‌گفت: روزی امام احمد بن حنبل را دیدم که به من گفت بیا تا مردی به تو نشان بدهم که چشمانت تا کنون همانند او ندیده است که او امام شافعی را به ما نشان داد.

نظر امام احمد نسبت به شافعی چنین بود و هیچ جای شگفتی نیست که شاگرد قدردان استادش باشد و احترامش را نگه دارد ولی با این وجود، شاگردی احمد در نزد شافعی هرگز مانع نشد که شافعی به فضل و آگاهی امام احمد در علم حدیث اعتراف کند و بگوید: اما شما - خطاب به امام احمد - نسبت به علم حدیث و رجال آگاهتر هستی. پس هرگاه حدیث صحیحی باشد مرا از آن

^۱ - ابن عبدالبر، الانتقاء، ص ۷۵.

^۲ - الرازی، آداب الشافعی و مناقبه، ص ۸۶.

مطلع کن چه از اهل کوفه باشد یا اهل بصره یا از سوی اهل شام. چه، حدیث اگر صحیح باشد بدان عمل می‌کنیم.^۱

امام شافعی هرگاه حدیثی از سوی امام احمد روایت می‌کرد بخاطر احترام و قدردانی، نام امام احمد را ذکر نمی‌کرد و می‌گفت: شخص ثقه از اصحاب ما این حدیث را روایت کرده یا به ما گفته است.^۲

این حکایت‌ها و موارد بیشمار دیگر بیانگر احترام پیشوایان و بزرگان دین نسبت به آراء و اندیشه‌های یکدیگر است؛ آن آراء و اندیشه‌هایی که از هوا و هوس بدور بوده و فقط ناشی از اجتهاد و اختلاف در شیوه استنباط بوده است و بسیار روشن است که در چنین جو و شرایطی و با این نوع نگاه به آراء و اجتهادات مخالف، اعتبار خلاف بعنوان شبهه مطرح گردد و خروج از خلاف یا مراعات خلاف بعنوان یک قاعده در اکثریت مذاهب پا به عرصه وجود بنهد و بسیاری از فروع فقهی براساس آن تخریج گردد چه، اگر جو و شرایط دیگر و مواضع دیگری نسبت به خلاف فقهی در آن دوره حاکم می‌بود همانگونه که در قرون تقلید- قرن چهارم به بعد تا کنون- حاکم گردید بسیار بدیهی است که در این حالت، دامنه خلاف گسترده می‌شد و بجای خروج از خلاف و تنگ کردن دایره آن، دخول در خلاف مطرح می‌گردید اما از آنجایی که پیشوایان مذاهب و علمای سلف پایبند آداب و اخلاق نبوی بودند و ادب آنان زائیده نیت صادقانه در تحری حق و اصابت به مقصود شارع بوده است آنان هرگز از واقعیت‌های اجتهادی منحرف نشده و به خلاف فقهی بطور علمی و واقعی نگاه کرده اند و برای خروج از آن دستورالعملی قرار دادند که در فصل بعدی این کتاب بطور مفصل بررسی شده است.

^۱- ابن عبدالبر، الانتقاء، ص ۷۵؛ الرازی، آداب الشافعی و مناقبه، ص ۹۵.

^۲- ابن الجوزی، مناقب الامام احمد، ۸۴؛ الرازی، آداب الشافعی و مناقبه، ص ۹۶.

	<p>فصل دوّم:</p> <p>مراعات اختلاف اجتهادی در فقه اسلامی</p>

پیشگفتار

بررسی لزوم مراعات خلاف در مقام اجتهاد یا اینکه مجتهد فقط باید به نتیجه اجتهادش عمل کند و به اجتهاد دیگران نباید توجه داشته باشد محور اصلی این فصل است. و مراعات خلاف اگر لازم است شروط آن کدامند؟ و با اثبات مشروعیت مراعات خلاف در مقام اجتهاد آیا می توان گفت که مراعات خلاف در مقام عمل و تقلید سزاوارتر می باشد بدلیل آنکه مقلد توانایی ترجیح میان ادله را ندارد. به سخنی دیگر، اگر مراعات خلاف توسط مجتهد که توانایی ترجیح میان ادله را دارد امری نیکو و مستحب می باشد آیا مراعات خلاف توسط مقلد که توانایی ترجیح میان ادله را ندارد شرعاً پسندیده تر و شایسته تر نیست؟ در پاسخ به سؤالات فوق ابتدا مفهوم و موضوع مراعات خلاف و سپس دیدگاههای فقها و اصولیان درباره مشروعیت آن و سرانجام شروط و حالات مراعات خلاف و مفاهیم مرتبط با آن مطرح و بررسی خواهند شد.

مبحث اول: مفهوم و موضوع مراعات خلاف

مراعات در لغت بمعنای نظارت و مراقبت است و هرگاه گفته شود: راعی فلاناً مراعاة و رعاءاً یعنی او را تحت نظارت و افعالش را مورد تأمل و بررسی قرار داد.^۱ و هرگاه گفته شود: آن را مراعات کرد یعنی آن را مورد ملاحظه قرارداد و بدان نیکی کرد. واژه «رعی» همچنین به معنای اعتبار است و اگر گفته شود: رعی فلاناً فلاناً یعنی به او اعتبار بخشیده و آنچه شایسته اوست در حقش انجام داده است. افزون بر آن، «رعی» بمعنای ملاحظه کردن یک شیئ و تأمل ورزیدن و

^۱ - این منظور، لسان العرب، ج ۱۴، ص ۲۲۷؛ الرازی، مختارالصالح، ص ۱۳۵؛ ابن الأثیر، النهاية فی غریب الحديث، ج ۲،

مورد توجه قرار دادن آن استعمال شده است^۱ که تمام این معانی در تعریف اصطلاحی مراعات خلاف وجود دارد و در مباحث بعدی این تحقیق روشن خواهد شد.

گفتار اول: مفهوم مراعات خلاف

فقها و عالمان دین توجه و اهتمام ویژه‌ای به مراعات خلاف هم از جنبه تفریع و تخریج فروع و هم از جنبه نظری داشته‌اند جز آنکه تفریع فقهی پیشتر از مرحله تأویل و نظریه پردازی انجام گرفته است که این حقیقت درباره بسیاری از قواعد اصولی و فقهی نیز صادق می‌باشد.

مراعات خلاف گرچه در تمام مذاهب اهل سنت مورد اعمال و اجرا واقع شده است اما از لحاظ نظری مذهب مالکی بیش از دیگر مذاهب اسلامی به آن پرداخته و بها داده است و تعاریف گوناگونی از آن ارائه نموده است. و بر همین اساس باید گفت اولین کسی که به تعریف مراعات خلاف پرداخته «ابن عبد السلام هواری» مالکی بوده است و پس از او عالمانی مانند «ابو عباس قباب» و «ابو اسحاق شاطبی» و «عبدالله بن عرفه» که همه مالکی مذهب بوده‌اند به تعریف قاعده مراعات خلاف پرداخته‌اند که این خود بیانگر این حقیقت است که از میان مذاهب اسلامی فقیهان مذهب مالکی توجه بیشتری به نظریه پردازی و تحلیل مراعات خلاف داشته‌اند. تعاریفی که درباره مراعات خلاف از سوی عالمان ارائه شده است را می‌توان در پنج تعریف محصور کرد که شرح و توضیح هر کدام از آنها به ترتیب زیر است:

بند اول: تعریف نخست

حقیقت مراعات خلاف همان عمل کردن به حکم هردو دلیل است. این تعریف «ابوالعباس قباب»

^۱ - الزبیدی، تاج العروس، ج ۱۰، ص ۱۵۳؛ الفیروزآبادی، القاموس المحیط، ج ۴، ص ۳۳۵؛ الجوهری، الصحاح، ج ۶، ص ۲۳۵۸؛ الفراهیدی، العین، ج ۲، ص ۲۴۱.

است.^۱ او در توضیح تعریف مذکور می گوید: «برخی از دلایل شرعی قوّت آنها بگونه ای روشن است که ناظر در آنها به صحت یکی از دودلیل و عمل کردن به یکی از دو امارت، جزم و قطع پیدا می کند که البته در این حالت، مراعات خلاف معنا و مفهومی ندارد. اما برخی دیگر از ادله بگونه ای هستند که یکی از دو دلیل قوی و یکی از دو امارت، راجح است اما نه بدان گونه که ناظر در آن، جزم و قطع پیدا کند بلکه در این حالت، دل و عقل ناظر متحیر و متردد گشته و نسبت به مقتضای دلیل دیگر میل پیدا می کند که مراعات خلاف در اینگونه موارد، نیک و پسندیده است و آن هم بدین شیوه که مجتهد در آغاز بخاطر حصول رجحان ظن غالب به دلیل ارجح عمل می کند اما اگر عقی یا عبادتی طبق مقتضای دلیل دیگر واقع شود آن عقد را فسخ نمی کند و آن عبادت را باطل نمی سازد زیرا آن عقد یا عبادت بروفق دلیلی که از نظر مجتهد دارای اعتبار بوده انجام گرفته است و نادیده گرفتن آن مایه انشراح صدر نمی باشد و مقصود از عمل کردن به هر دو دلیل همین است.^۲

برای روشن شدن این تعریف ذکر یک نمونه از خلاف فقهی لازم است. فقیهان درباره طاهر بودن پوست حیوان مرده اختلاف کرده اند. مالکیه و حنابلّه طبق قول مشهور معتقدند که پوست حیوان مرده نجس است خواه دباغی شده باشد خواه نشده باشد زیرا آن جزئی از مرده است و براساس آیه شریفه (حُرِّمَتْ عَلَیْکُمُ الْمَیِّتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنِزِیرِ ...) [مائده ۳].

همچنین احادیث روایت شده درباره نهی از پوست حیوان مرده از جمله حدیث: «از پوست و عصب مرده بهره نبرید»^۳ آن حرام و نجس است.^۱ اما شافعیه و حنفیه گفته اند: پوست نجس شده

^۱ - الونشریسی، المعیار العرب، ج ۶، ص ۳۸۸.

^۲ - همان مرجع.

^۳ - ابن حنبل، المستند، ج ۴، ص ۳۱۰؛ الطحاوی، شرح معانی الآثار، ج ۱، ص ۴۶۸؛ ابن ماجه، سنن ابن ماجه؛ ج ۲، ص ۱۱۹۴؛ العظیم آبادی؛ عون المعبود، ج ۱۱، ص ۱۲۳.

دراثر مرگ و غیره و همچنین پوست حیوان مذبوحی که گوشتش غیرقابل خوردن است بوسیله دباغی پاک و طاهر می گردد.^۲ زیرا پیامبر (ﷺ) فرموده است: «هر پوستی که دباغی شود پاک و طاهر می گردد».^۳

با توجه به خلاف فقهی مذکور، مجتهد حنبلی و مالکی به مقتضای دلیل خود مبنی بر عدم جواز نماز روی پوست حیوان مرده یا پوست حیوانی که گوشتش غیرقابل خوردن است مانند اسب از نظر مالکیه، عمل می کند اما اگر حادثه و مسأله ای اتفاق بیفتد که در آن، نماز بر روی پوست مذکور انجام گرفته باشد آن مجتهد نماز مذکور را صحیح و دلیل مخالف را معتبر بشمار می آورد. به عبارتی دیگر، مجتهد در ابتدا به حکم دلیلش عمل می کند اما پس از وقوع حادثه بخاطر آنکه دلیل مخالف از نظر او دارای اعتبار است به حکم آن نیز عمل می کند. اما اشکالی که به تعریف «قبا» وارد است این است که آن بر مطلق جمع میان ادله نیز صدق می کند. بعنوان مثال کسی که مطلق را بر مقید حمل می کند به حکم هردو دلیل نیز عمل کرده است و بنابراین، تعریف مذکور جامع غیر مانع است.

بند دوم: تعریف دوم

دومین تعریف، تعریف ابن عرفه است. او می گوید: مراعات خلاف عبارت است از «اعمال دلیل فی لازم مدلوله الّذی اُعمل فی نقیضه دلیل آخر»^۴ یعنی مراعات خلاف عبارت است از اعمال دلیل در لازم مدلولش که در نقیض آن، دلیل دیگری اعمال شده است. این تعریف همانگونه

^۱- ابن رشد، بداية المجتهد، ج ۱، ص ۸۱-۸۲؛ ابن قدامة، الشرح الكبير، ج ۱، ص ۵۳-۵۴.

^۲- الشربینی، مفتی المحتاج، ج ۱، ص ۸۲؛ ابن عابدین، حاشیة رد المحتار، ج ۱، ص ۲۱۹.

^۳- الشافعی، المسند، ص ۱۰؛ ابن حنبل المسند، ج ۱، ص ۲۱۹؛ الدارمی، سنن الدارمی، ج ۲، ص ۸۵؛ الدارقطنی، سنن الدارقطنی، ج ۵، ص ۴۸۰.

^۴- الونشیری، المعیار العرب، ج ۶، ص ۳۷۸؛ التسلوی، البهجة فی شرح التحفة، ج ۱، ص ۱۹؛ التاودی، حلّی المعاصم حاشیة البهجة، ج ۱، ص ۱۹، الرصاع، شرح حدود ابن عرفه، ص ۲۶۳.

که روشن است بسیار فنی و دارای ابهام و پیچیدگی هایی است و به همین دلیل نیاز به شرح و توضیح دارد.

در توضیح این تعریف باید گفته شود که مرجع ضمیر در واژه « مدلوله » به « دلیل » و در واژه « نقیضه » به « مدلول » برمی گردد. دیگر آنکه « اعمال » نسبت به مراعات، جنس است و شامل مراعات خلاف و غیر آن از جمله ترجیح یا استنباط حکم از دلیل می شود و کلمه « دلیل » فصل است که بوسیله آن، غیر دلیل از تعریف خارج می گردد. همچنین بوسیله عبارت « فی لازم مدلوله » اعمال دلیل در مدلولش خارج شده است. بعنوان مثال در مذهب شافعی و مالکیه دلیل مخالف خود که قایل به عدم فسخ نکاح شغار است را در لازم مدلول آن مخالف اعمال کرده اند. مدلول دلیل مخالف عدم فسخ است که آن هم مستلزم ثبوت ارث میان زن و شوهر در نکاح شغار در صورت مرگ یکی از آن دو است و این مدلول که همان عدم فسخ است در نقیض آن که همان فسخ است دلیل دیگری اعمال شده است. بمنظور توضیح بیشتر مثال فوق باید گفت که نکاح شغار از جمله ازدواج های محل اختلاف فقها است به دلیل آنکه پیامبر (ﷺ) از آن نهی کرده و همچنین خالی از مهر است. امام شافعی و امام مالک معتقدند که این ازدواج باید فسخ شود خواه دخول انجام گرفته باشد یا نشده باشد و دلیل آنها در این حکم همان دلیل مقتضی فسخ نکاح شغار است که توسط ابن عمر روایت شده است. ابن عمر می گوید: «پیامبر (ﷺ) از نکاح شغار نهی کرده است»^۱. مدلول این دلیل یعنی حدیث نبوی، فسخ است و از آنجایی که نهی مقتضی فساد است نکاح فاسد است و زوجین از یکدیگر ارث نمی برند زیرا عقد غیر صحیح است و از شروط ارث بردن بوسیله سبب زوجیت این است که عقد نکاح صحیح باشد. و تمام این آثار یعنی فسخ نکاح شغار و

^۱ - ابن حنبل؛ المسند، ج ۲، ص ۹۱؛ مسلم، صحیح مسلم، ج ۴، ص ۱۳۹؛ الشافعی، المسند، ص ۲۵۳؛ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۰۶؛ الطبرانی، المعجم الکبیر، ج ۱۱، ص ۲۸۴؛ الألبانی، ارواء الغلیل، ج ۶، ص ۳۰۶؛ ابن عبدالهادی، حاشیة السندی علی النسائی، ج ۶، ص ۱۱۱.

عدم توارث میان زوجین لازمه مدلول دلیل مالکيه و شافعيه است. اما ابوحنيفه که قايل به صحت نکاح شغار است در تأييد رأی خود به همان حديث پيشين استدلال کرده و نهی مذکور در حديث را برکراحت حمل نموده است و بنا براین نهی مذکور مستلزم فساد نمی باشد و در نتیجه موارد زیر لازم می آید :

۱- صحت عقد ۲- مترتب شدن آثار شرعی بر آن از جمله ارث. به عبارت دیگر، دليل مخالف - ابوحنيفه - همان حجت مقتضی عدم فسخ شغار است که مدلول آن نیز عدم فسخ است و لازمه این مدلول، ثبوت ارث میان زوجین در ازدواج شغار است.

وجه مراعات در این خلاف فقهی بدین شیوه است که مالکيه و شافعيه، دليل خود را در فسخ نکاح شغار و دليل ابوحنيفه را در لازمش اعمال کرده اند يعنی دليل ابوحنيفه مقتضی صحت شغار و لازمه اش ثبوت ارث است با آنکه لازمه دليل مالکيه و شافعيه عدم توارث است که آن هم نقیض دليل ابوحنيفه است. به عبارتی دیگر، مالکيه و شافعيه از یک وجه به دليل خود و از وجهی دیگر به دليل مخالف عمل کرده اند بگونه ای که به فسخ نکاح شغار و ثبوت ارث حکم کرده اند که این در حقیقت همان عمل کردن به مدلول دليل خود همراه با اهمال لازم آن مدلول است. آنان سپس به سراغ دليل مخالف رفته و مدلول دليل وی را اهمال و ابطال نموده اما به لازمه مدلولش عمل کرده اند و آن هم بخاطر مراعات خلاف اگر وجه و دليلی داشته باشد که ضابطه این موخه بودن همان رجحان دليل مخالف در حکم کردن به لازم و نه مدلول آن است.

تسولی پس از ذکر تعريف « ابن عرفه » گفته است : « حاصل مسأله این است که دليل همان حديث يا قياس و مدلول همان فسخ يا عدم فسخ است. امام مالک در مورد فسخ به نصّ حديث يا قياس استدلال کرده و ابوحنيفه نیز درباره عدم فسخ به نصّ حديث يا قياس استدلال کرده است. امام مالک دليل خود را در فسخ و دليل مخالف را در لازم مدلولش اعمال کرده است و بدین ترتیب به توارث زوجین قائل شده و فسخ را طلاق بشمار آورده است با آنکه طبق قياس، لازمه دليل امام مالک عدم توارث و بشمار نیامدن فسخ بعنوان طلاق است زیرا عدم صحت نکاح

مستلزم عدم ارث و عدم طلاق است. این قاعده درباره بیع و غیره نیز صادق است یعنی عقد قبل از فوت فسخ و پس از عقد امضا و اجرا می‌گردد.^۱

در مورد تعریف ابن عرفه اعتراضات و اشکالاتی مطرح شده که شرح و توضیح آنها به قرار زیر است:^۲

۱- واژه « اعمال » بعنوان جنس برای مراعات ذکر شده است حال آنکه معنای مراعات اعتبار دادن به یک شیء است. بعنوان مثال، اگر گفته شود: راعی فلانُ فلاناً یعنی به او اعتبار بخشید و آنچه شایسته اوست در حقش انجام داده است. در تعریف مذکور گویی که اعمال، مُسَبَّب از مراعات است. به عبارتی دیگر، یعنی هر مراعاتی اعمال است اما هر اعمالی مراعات نیست و بنابراین اعمالِ اخصّ از مراعات است حال آنکه او مراعات را با واژه «اعمال» تعریف کرده است یعنی اعمّ را بوسیله اخصّ تعریف نموده است و این جای اشکال دارد.

در رد این اشکال باید گفت که اعتراض مذکور ناظر به جنبه لغت است حال آنکه محل نزاع تعریف اصطلاحی مراعات است و لفظ مراعات از معنای لغوی آن به معنای عرفی خاص یعنی به معنای «اعمال» انتقال یافته است زیرا آنچه یک فقیه از لفظ مراعات می‌فهمد همان اعمال دلیل است لا غیر.

۲- تعریف مذکور مستلزم قایل شدن به وجود ملزوم و نفی لازمه آن است که آن هم محال و غیر صحیح است.^۳ در تبیین این اشکال باید گفت: ملزوم که همان فساد و بطلان نکاح است در تعریف مذکور وجود دارد و از جهتی دیگر، لازم که همان عدم توارث است نفی گردیده است و بنابراین ارث چگونه می‌تواند بر یک عقد فاسد مترتب گردد؟

^۱ - التسلوی، البهجة فی شرح التحفة، ج ۱، ص ۱۹.

^۲ - الونشیری، المعیار العرب، ج ۶، ص ۳۷۸؛ الرصاع، شرح حدود ابن عرفه، ص ۲۶۴-۲۶۵.

^۳ - الفزالی، معیار العلم فی المنطق، ص ۱۹۹.

در جواب این اشکال هم باید گفت درست است که اثبات ملزوم و نفی لازمه اش باطل است اما چنین بطلانی فقط در امور عقلی، صحیح و پذیرفتنی است اما در مورد لوازم ظنی و جعلی از جمله لوازم شرعی نمی تواند صادق باشد زیرا در تصرفات و احکام شرعی مواردی وجود دارد که در آنها با وجود لازم، ملزوم نفی شده است یا با نفی لازم، ملزوم ثابت گردیده است. بعنوان مثال، اصل در ازدواج متعه که ملزوم است این است که لازمه اش یعنی نفی نسب و اقامه حد مترتب گردد حال آنکه چنین نیست زیرا در این ازدواج، ملزوم که همان فساد نکاح متعه است منتفی گردیده و لازم یعنی ثبوت نسب ثابت شده است و روشن است که علت جواز نفی ملزوم با وجود لازم در این مسأله همان ظنی و جعلی بودن آن است زیرا اگر آن جزو امور عقلی می بود چنین چیزی جایز نمی بود.

در صحت نکاح با انتفای ارث بخاطر وجود مانع یا انتفای شرط مانند صحت ازدواج با ثبوت جرم قتل در مورد یکی از زوجین یا مشخص نبودن شخصی که در ابتدا مرده است ملزوم وجود دارد اما لازم منتفی می باشد.

بنابراین می توان چنین گفت که شمولیت و تعمیمی که در مسائل و امور عقلی وجود دارد در لوازم و ملزومات شرعی وجود ندارد و اگر این نکته را در ذهن داشته باشیم که در عقود فاسد برخی از آثار مترتب می گردد حقیقت وجود ملزوم با نفی لازم یا نفی ملزوم و وجود لازم روشن خواهد گردید.

سخن آخر آنکه تعریف مذکور شامل تمام حالات مراعات خلاف نمی شود و فقط برخی از حالات آن را در بر می گیرد که این مسأله در مباحث بعدی این تحقیق روشن خواهد گردید.

بند سوم: تعریف سوم

ابواسحاق شاطبی می گوید: «اعطاءُ كُلِّ واحدٍ منهما آيَ دليلي القولين ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه هو معنى مراعاة الخلاف»^۱ یعنی مراعات خلاف همان عمل کردن به مقتضای هردو دلیل یا به جزئی از آن است. شاطبی در توضیح تعریف خود می گوید: و آن بدین شیوه که دلیل مسأله در ابتدا مقتضی منع باشد و راجح نیز همین باشد اما پس از وقوع، راجح مرجوح می گردد بخاطر تعارض آن با دلیل دیگری که مقتضی رجحان دلیل مخالف است. دراین حالت، اعتبار قایل شدن برای هر کدام از آن دو دلیل یکسان نمی باشد.^۲

تعریف شاطبی بیانگر این حقیقت است که مجتهد ممکن است کل مقتضای دلیل مخالف یا برخی از مقتضای آن را مراعات کند. برای حالت اول که در آن مجتهد تمام مقتضای دلیل مخالف را مراعات می کند می توان این شاهد فقهی را بعنوان مثال ذکر کرد که در مذهب مالکیه نمازگذاری که تکبیر احرام را فراموش کرده و در هنگام رکوع همراه با امام تکبیر گفته باشد بر او لازم است که نمازش را ادامه دهد بخاطر مراعات کردن رأی امام شافعی که می گوید: تکبیر رکوع بجای تکبیر احرام کفایت می کند اما بر او لازم است که پس از سلام کردن امام بلافاصله نمازش را اعاده کند.^۳ دراین مثال، مراعات کننده معتقد است که تکبیر احرام دارای دو وصف است: نیت مقارن و اولویت بخاطر واقع شدن در آغاز نماز و بنابراین هرگاه یکی از دو وصف مذکور منتفی گردد او به بطلان نماز حکم می کند اما اگر عبادتی واقع شود او برفوق مذهب مخالف که به وجود یک صفت اکتفا می کند حتی اگر مقترن به نیت نباشد آن عبادت را صحیح بشمار می آورد. افزون بر آن، قول دیگری در مسأله وجود دارد که مراعات کننده خلاف براساس آن معتقد است که تکبیر احرام فرض است.^۴ و بنابراین اگر نمازگذار آن را بجا نیاورد نمازش

۱- الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۵۱.

۲- همان مرجع

۳- ابن رشد، بداية المجتهد، ج ۱، ص ۱۹۰.

۴- النووی، المجموع، ج ۳، ص ۲۵۰؛ ابن قدامة، المغنی، ج ۱، ص ۲۷۶؛ النووی، روضة الطالبین، ج ۱، ص ۳۳۷.

باطل اعلام می گردد اما اگر عبادت واقع شود آن را بر طبق مذهب مخالف که معتقد است تکبیر احرام شرط است^۱ تصحیح می کند. همچنین فعل پس از وقوع، دلیل دیگری که همان عدم ابطال اعمال است بدان تعلق می گیرد و این دلیل موجب ترجیح و تقویت دلیل مخالف می شود و مجتهد را و می دارد تا مقتضای دلیل مخالف را مراعات کند. مجتهد با اینکه قبل از وقوع نماز به بطلان آن معتقد بود اما پس از وقوع بخاطر اعمال دلیل مخالف، قایل به صحت آن نمازی می گردد زیرا « احکام ابتدا از احکام دوام و احکام دوام از احکام ابتدا گرفته نمی شود »^۲ که این قاعده بر تمام مسائل شرعی صادق و جاری است. بعنوان مثال احرام با ابتدای نکاح منافات دارد نه با دوام و استمرار آن همانگونه که حَدَثَ با ابتدای مسح برخفین منافات دارد اما با دوام و استمرار آن منافات ندارد و ...

اما مثالی که برای حالت دوم تعریف شاطبی می توان ذکر کرد نکاح محلّل است. در مذهب شافعیه اگر در عقد شرط شود که هرگاه زوج با آن زن ازدواج کند طلاقش افتاده باشد یا برای شوهر اول حلال گردد این نکاح باطل است.^۳ و در مذهب مالکیه نکاح محلّل در تمام حالات فاسد و باطل است و قبل یا پس از دخول باید فسخ شود.^۴ اما در مذهب حنفیه این نوع نکاح صحیح است چه آن شرط مذکور در عقد شرط شده یا نشده باشد.^۵ در این خلاف فقهی مقتضای دلیل امام مالک فسخ نکاح تحلیل است بدلیل حدیث پیامبر (ﷺ) که فرموده ست : « خداوند محلّل - شوهر دوم -

۱- ابن عابدین، حاشیه رد المحتار، ج ۱، ص ۴۷۷؛ ابن نجیم، البحر الرائق، ج ۱، ص ۵۰۶.

۲- ابن القيم، اعلام الموقعین، ج ۲، ص ۲۴۶.

۳- لشافعی، الأم، ج ۵، ص ۸۶؛ الحجای، الأفتاح، ج ۲، ص ۱۱۲؛ الأنصاری، فتح الوهاب، ج ۲، ص ۷۴.

۴- لشافعی، الأم، ج ۵، ص ۸۶؛ الحجای، الأفتاح، ج ۲، ص ۱۱۲؛ الأنصاری، فتح الوهاب، ج ۲، ص ۷۴.

۵- ابن نجیم، البحر الرائق، ج ۴، ص ۹۵، ۹۶؛ السرخسی، المسبوط، ج ۶، ص ۹.

و کسی که زن برای او تحلیل شده - شوهر اول - را لعنت و نفرین کرده است ^۱ امام مالک در این مسأله به مقتضای مدلول دلیل خود که همان فسخ نکاح تحلیل و به لازم مدلول ابوحنیفه که مقتضی ثبوت ارث است عمل کرده است. مدلول دلیل ابوحنیفه صحت نکاح محلّ است زیرا عقد دارای ارکان و شروط لازم می باشد.

در این خلاف فقهی مالکیه به برخی از مقتضای دلیل مخالف که همان ثبوت ارث و انتفای حد است عمل کرده و برخی دیگر از مقتضای آن که همان صحت نکاح محلّ است را ترک نموده و مدلول دلیل خود که مستلزم فسخ نکاح محلّ است اعمال کرده اند.

بند چهارم: تعریف چهارم

چهارمین تعریف مراعات خلاف تعریف محمد حسن خطاب عمار است. او می گوید: «الأعتدادُ بالرأی المعارض لمُسَوِّغِ هَوَا المِراءاه» ^۲ یعنی مراعات خلاف همان اهمیت دادن و ملاحظه قراردادن رأی مخالف بخاطر مجوز شرعی است.

مقصود از «اعتداد» همان ملاحظه کردن و اعتباردادن به رأی مخالف چه بطور کلی یا جزئی است و رأی معارض برای اینکه محقق گردد باید رأی معارض وجود داشته باشد. رأی معارض در حقیقت همان قولی است که مجتهد یا مقلّد قبل از مراعات خلاف بدان اعتقاد دارد. و رأی معارض همان رأی مخالف است که بدان عدول و عمل می شود. اما مسوّغ و مجوز برای انتقال و عدول از عمل کردن به راجح به عمل کردن به مرجوح یا احتیاط است یا تیسیر و تساهل. بعنوان مثال، نکاح شغار در مذهب شافعیه، مالکیه و حنابله فاسد و باطل است اما در مذهب ابوحنیفه

^۱ - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۲۲؛ الدارمی، سنن الدارمی، ج ۲، ص ۱۵۸؛ المبارکفوری، تحفة الأحوذی، ج ۴، ص

صحیح است. حال اگر چنین نکاحی واقع شود به فساد آن حکم می شود اما خلاف ابوحنیفه در مورد ثبوت ارث و نسب و دیگر آثار شرعی مراعات می گردد.

در این مثال قول امام مالک و شافعی مبنی بر فساد نکاح شغار و عدم ترتب آثار شرعی بر آن، همان رأی معارض است و قول ابوحنیفه راجع به صحت نکاح شغار و ترتب آثار شرعی بر آن همان رأی معارض است و مسوغ و مجوز در این مثال همان تیسیر و تساهل و دفع حرج است.

بند پنجم: تعریف پنجم

پنجمین تعریف، تعریف محمد شریف رحمونی است. او می گوید: ^۱ مراعات خلاف یعنی کاستن از شدت احکام مسائل در ابتدا یا تخفیف کردن آثار آن پس از وقوع حادثه است. این تعریف در حقیقت ناظر به جنبه مقاصدی مراعات خلاف است از این حیث که مراعات خلاف جزو اصول و قوانین ترخیص و تخفیف است. این تعریف با دو مثال زیر بیشتر روشن می گردد.

مثال اول: در مذهب شافعیه قرائت بسمله واجب است و ترک آن موجب بطلان نماز است اما در مذهب مالکیه قرائت آن جایز نیست ^۲ ولی با این وجود امام مازری «بسمله» را در نماز فرض قرائت می کرده است و هنگامی که از علت این عمل از وی سؤال شد او در جواب گفته است: در مذهب امام مالک هر کس که «بسم الله الرحمن الرحيم» را در نماز فرض قرائت کند نمازش باطل نمی گردد اما در مذهب شافعی هر کس که «بسمله» را قرائت نکند نمازش باطل می گردد. من آنچه را که در مذهب خودم موجب بطلان نماز نمی گردد اما در مذهب دیگران اگر ترک شود موجب بطلان نماز می شود انجام داده ام تا بدین ترتیب از خلاف خارج شده باشم. ^۳ امام

^۱ - رحمونی، الرخص الفقهیه، ص ۵۱۵.

^۲ - ابن رشد، برایة المجتهد، ج ۱، ص ۱۲۷؛ الدرریر، الشرح الکبیر، ج ۱، ص ۲۵۱.

^۳ - الونشریسی، ایضاح المسالک، ص ۶۵؛ عشاق عبدالحمید، منهج الخلاف والنقد الفقهی عند الامام المازری، ج ۱، ص ۴۰۹.

مازری درحقیقت در این خلاف فقهی شدت حکم قرائت « بسمله » در نماز فرض را با استناد به قاعده مراعات خلاف که مورد اتفاق مذاهب چهارگانه اهل سنت است کاهش داده است.

مثال دوم : درمذهب مالکیه و شافعیه ازدواج بدون ولی فاسد و باطل است.^۱ زیرا پیامبر (ﷺ) فرموده است : « هرزنی که بدون اذن ولی ازدواج کند ازدواجش باطل است باطل است باطل است و اگرزوج با این زن همبستر شود بخاطر استمتاع و بهره بردن از آن زن، مهر به او تعلق می گیرد ». اما درمذهب حنفیه ازدواج بدون ولی صحیح است^۲ و جایز است که زن خود را به عقد کسی درآورد زیرا خداوند فرموده است : (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [بقره ۲۳۲]. وجه استدلال به این آیه این است که خطاب متوجه شوهران نه اولیاء است. آنان همچنین به حدیث « زن بیوه نسبت به خود اولی و احق است »^۳ استناد کرده اند.

در این خلاف فقهی نکاح طبق مذهب شافعیه و مالکیه باید فسخ شود اما اگر واقع شود برخی از آثار آن از جمله مهرالمثل و عدم اجرای حد و ثبوت نسب و توارث متراتب می گردد بخاطر مراعات خلاف ابوحنیفه با اینکه طبق قیاس مذهب شافعیه و مالکیه عدم توارث میان زوجین لازم می آید زیرا عدم صحت نکاح مستلزم عدم ارث است اما با این حال، خلاف ابوحنیفه مورد مراعات واقع شده تا بدین ترتیب از آثار مسأله پس از وقوع کاسته شود.

۱- ابن جزی، التوائن الفقهیه، ص ۱۳۳؛ النووی، المجموع، ج ۱۷، ص ۲۴۱؛ الشربینی، مغنی المحتاج، ج ۳، ص ۱۴۷؛ النووی، روضة الطالبین، ج ۵، ص ۳۹۹.

۲- الشافعی، المسند، ص ۲۷۵؛ الدارمی، سنن الدارمی، ج ۲، ص ۱۳۷؛ الدارقطنی، سنن الدارقطنی، ج ۴، ص ۳۱۳؛ الطحاوی، شرح معانی الآثار، ج ۳، ص ۷.

۳- الکاسانی، بدائع الصنائع، ج ۲، ص ۲۴۷؛ ابن عابدین، حاشیه رد المحتار، ج ۳، ص ۶۱؛ ابن نجیم، البحر الرائق، ج ۳، ص ۱۹۲.

۴- ابن حنبل، المسند، ج ۱، ص ۲۱۹؛ الدارمی، سنن الدارمی، ج ۲، ص ۱۳۸؛ مسلم، صحیح مسلم، ج ۴، ص ۱۴۱؛ العجلونی، کشف الخفاء، ج ۱، ص ۲۷۷.

از میان تعاریف پیشگفته چنین بنظر می آید که تعریف چهارم راجح می باشد زیرا آن جامع و شامل و رسا است و تمام حالات مراعات خلاف را در بر می گیرد.

گفتار دوم: موضوع مراعات خلاف

موضوع مراعات خلاف تمام اعمال و تصرفاتی است که حکمش از حیث محقق ساختن مقصود شارع محل اختلاف است و یا اینکه میان اولی و خلاف اولی مردّد باشد. منشأ این مراعات درحقیقت، احتمال واقع شدن در نقیض مقصود شارع با انجام دادن آنچه که مطلقاً خلاف اولی است و بنابراین انجام فعل اخف در برابر ترک عمل أحوط اگر از جهت دیگری دارای معنای احتیاط باشد مانند اینکه فعل أحوط به فتنه و آشوب یا تفرقه و غیره می انجامد در قاعده مراعات خلاف جای می گیرد. براین اساس می توان گفت که منشأ مراعات خلاف احتیاط است از این حیث که احتیاط راهی و طریقی برای امتثال و انجام تکالیف و کنار نهادن مقتضای عمل به ظن درهنگام حصول خلاف است، چه احتیاط یا اخذ به اکثر ما قیل یا به اقل ما قیل است^۱ و در هردو حالت عمل براساس آن به امر مطمئن تر و یقین می انجامد. به دیگرسخن، ممکن است مجتهد در قبال حکم مظنونی که بدان اعتقاد دارد احتمال راجح بودن اعتقاد مجتهد دیگر در رابطه با آن حکم را بدهد و بنابراین از حکم مظنونی که بدان دست یافته بگونه ای عدول کند که تمام احتمالات تکلیف را دربرگیرد و در این حالت است که او یقین پیدا می کند که امتثال بر وفق این حکم جدید، موجب بری شدن ذمه و خارج گشتن مکلف از عهده تکلیف می گردد.

بنابراین مقصود از مراعات خلاف اعمال و اجرای مراعات با پرهیز و اجتناب از موارد اختلافی است بدینگونه که مراعات کننده یا از خلاف خارج می شود یا آن را بر وفق احتیاط انجام می دهد و براین اساس در معنای مراعات خلاف سه چیز قابل ملاحظه است:

^۱ - الرازی، المحصول، ج ۶، ص ۱۶۰.

۱- خوف از اشتغال ذمه به تکلیف در صورت حکم کردن براساس ظن و توجه نکردن به خلاف.

۲- حصول اشتباه در «مکلف به» در هنگام علم داشتن به تکلیف که این هم به تحقیق مناط بر می گردد. البته مقصود از تحقیق مناط در اینجا آن معنای خاص که در باب قیاس بحث می شود نیست بلکه معنای عام آن یعنی اجرای حکم متیقن در آحاد صورت های آن، مراد و مقصود است.

۳- شک در صحت امثال پس از وقوع آن.

باتوجه به این حقیقت، احکامی که مناط حکم در آنها مراعات خلاف در نظر گرفته می شود را می توان در سه دسته قرارداد و در زیر هر کدام از آنها فروع بیشماری می توان درج کرد. البته ناگفته نماند که اساس این تقسیم ناظر به تصرفات مجتهدین و تقسیم عقلی نیست. سه مجموعه پیشگفته به شرح زیر است:

یکم - اختلاف در مطلوب یا غیرمطلوب بودن فعل با التفات داشتن به درجه طلب از حیث جزم و عدم آن مانند قرائت « بسمله » در فاتحه در هنگام نماز که از نظر امام شافعی واجب اما از نظر امام مالک مکروه است.

دوم - اختلاف در منع یا عدم منع فعل مانند ترک استقبال و استدبار قبله در هنگام قضای حاجت و وجود سائر بخاطر مراعات قول کسی که قابل به حرمت این فعل حتی با وجود سائر است.

سوم - اختلاف در فعل پس از وقوع که خود دارای دو حالت است:

الف) آنچه که عبادت است و درباره اجزاء یا وقوع آن اختلاف شده است.

ب) آنچه که معقول المعنی است و بخاطر اختلاف مجتهدین در شرط و همانند آن، مقتضای فعل از نظر مجتهدین میان مشروع و ممنوع مردد است.

ابن عبدالسلام تقسیم دیگری دارد که با تقسیم پیشگفته تفاوت چندانی ندارد و می توان قسم سوم تقسیم او در بند نخست این تقسیم جای داد همانگونه که نوع اول و دوم تقسیم او تمام

حالاتی که خروج از آنها مستحب است را در بر نمی گیرد. او می گوید: 'برخی از بزرگان شافعیه گفته اند که خروج از خلاف بطورمطلق بهتر از دخول در ورطه خلاف است حال آنکه مسأله به همان نحوی که گفته اند نیست بلکه خلاف دارای اقسام زیر است:

قسم نخست: خلاف در تحریم و جواز که خروج از خلاف با اجتناب از خلاف، بهتر است.

قسم دوم: خلاف در استحباب و ایجاب که در این حالت، فعل بهتر است.

قسم سوم: خلاف در مشروعیت که در این حالت، فعل بهتر است مانند قرائت «بسمله» در فاتحه که از نظر امام مالک مکروه اما از نظر شافعی واجب است و بالابردن دستان در نماز به همین ترتیب است. ابوحنیفه و مالک در یک روایت گفته اند: بالابردن دستان در هنگام نماز سنت نیست اما از نظر امام شافعی سنت است زیرا درباره صحت احادیث مربوط به آن، اتفاق نظر وجود دارد.

علاوه بر ابن عبدالسلام، قرافی مالکی نیز با ارائه تقسیم گسترده تری به تبیین موارد موضوع مراعات خلاف پرداخته است. او می گوید:^۲ اگر فقها درباره فعلی اختلاف کنند که آیا مباح است یا حرام، ورع ترک آن است و اگر اختلاف کنند آیا مباح است یا واجب؟ ورع در انجام آن است البته با اعتقاد داشتن به وجوب تا بدین ترتیب براساس مذهب، از واجب کفایت کند. و اگر اختلاف کنند آیا مندوب است یا حرام؟ ورع ترک آن است و اگر اختلاف کنند مکروه است یا واجب؟ ورع در انجام آن است بخاطر برحذر ماندن از مجازات در ترک واجب زیرا انجام مکروه ضرر و زیانی بدنال ندارد. و اگر اختلاف کنند آیا مشروع است یا خیر؟ ورع در انجام آن است زیرا قایل به مشروعیت امری را اثبات می کند که نفی کننده از آن بی اطلاع است و اثبات

^۱ ابن عبدالسلام، قواعد الأحكام، ج ۱، ص ۳۶۹؛ الزرکشی، المنثور فی القواعد، ج ۲، ص ۱۲۸؛ قلمه جی، الموسوعه الفقهيّه،

ج ۱، ص ۱۰۳.

^۲ القرافی، الفروق، ج ۴، ص ۱۶۳-۱۶۴، القرافی، الذخیره، ج ۱۳، ص ۲۴۶-۲۴۷.

کننده مقدم بر نفی کننده است همانند تعارض دو بینه، مانند اختلاف علما درباره مشروعیت فاتحه در نماز جنازه که از نظر امام مالک مشروع نیست اما از نظر شافعی، واجب است که در این حالت بخاطر تحصیل رهایی یقینی از گناه بخاطر ترک واجب، ورع در انجام فعل است. و اگر اختلاف کنند آن فعل حرام است یا واجب؟ مجازات و عقاب در هر حالت محتمل است و بنابراین ورع منتفی است مگر آنکه گفته شود که حرام اگر با واجب متعارض گردد برواجب مقدم می گردد زیرا مراعات دفع مفسد بهتر از مراعات تحصیل مصالح است که این رای از جنبه نظری محکم تر است^۱ و بدین ترتیب ورع در ترک آن است. و اگر اختلاف کننده که آیا فعل، مندوب است یا مکروه؟ در این حالت هم بخاطر مساوی بودن هر دو جهت، ورع منتفی است اما امکان ترجیح مکروه به همان شیوه ای که درباره حرام گفته شد وجود دارد.

در حقیقت با اندکی تأمل در تقسیم بندی قرافی این حقیقت روشن می گردد که تعریف او خارج از سه مجموعه پیشگفته در آغاز بحث نیست و تمام حالاتی که او ذکر کرده در آن جای می گیرد اما علاوه بر مواردی که در دایره مراعات خلاف قرار می گیرند موارد دیگری نیز هستند که خارج از موضوع مراعات خلاف می باشند و مراعات خلاف درباره آنها اعمال و اجرا نمی گردد که شرح و توضیح هر کدام از آنها در مبحث بعدی آمده است.

گفتار سوّم: موارد خارج از موضوع مراعات خلاف

برخی موارد و حالاتی وجود دارد که از دایره موضوع مراعات خلاف خارج می باشند بدین جهت که مراعات هنگامی صادق است و مورد اعمال واقع می شود که مأخذ و دلیل خلاف قوی باشد و فهم و ادراک بشر در پی بردن به حقیقت آن به نتایج گوناگون و متفاوت می انجامد و

۱- الأستوی، التمهید، ص ۶۳۰.

چونکه در موارد زیر قول حق یکی است و درباره آن دلیل قاطع وجود دارد یا اینکه وجود خلاف قابل تصور نیست قاعده مراعات خلاف شامل آنها نمی گردد که شرح این موارد به قرار زیر است:

بند اول: عقاید

مبنا و اساس عقاید بر تبعیت و تسلیم و اطاعت مطلق و تبعیت و پیروی از فهم سلف صالح نسبت به عقاید و چگونگی تقریر و تبیین حقیقت آن بوسیله آنان و پذیرش دلایل و معانی و مدلولات آن، استوار است و پرداختن به خصوصیات و جزئیات عقاید بر اساس مقتضای عقول قاصر بشر به دور از راه و روش قرآن و سنت است و پرداختن به تأویل نصوص اعتقادی خارج از مقتضای اوضاع و احوال و اصول و قواعد زبان و نشانه ی بدعت و گمراهی و انحراف از راه و روش حق است که این بدعت و انحراف خود نتیجه کجروی و انحراف در اصول دریافت و مصادر نظر و استدلال و مقدم داشتن عقل بر نقل یا مقدم داشتن فهم شخصی بر فهم قرون برتر مورد تأیید شارع است همانگونه که اهل کلام در دام آن افتادند و فهم صحابه و تابعین را به دیوار زدند و امام شافعی درباره آنان موضع تندی اتخاذ کرده است.^۱

بند دوم: ضروریات دینی

مانند وجوب نماز، زکات، روزه، عدالت صحابه، حجیت سنت و دیگر مسائلی که حکم یقین دارند و در شناخت آنها عوام و عالمان امت یکسان می باشند. این موارد بدلیل آنکه دلایل شان واضح و روشن است و از لحاظ ثبوت و مفاد قطعی هستند خلاف درباره آنها ممتنع است زیرا به اتفاق همگان موارد قطعی و یقینی خارج از موضوع اجتهاد است و خلاف هنگامی جایز و روا

^۱ - البیهقی، مناقب الشافعی، ج ۱، ص ۴۶۲؛ الرازی، مناقب الأمام الشافعی، ص ۹۹، القطان، تاریخ التشریع الاسلامی، ص

است که سایه ابهام و خفا بر دلیل افکنده شده و قوت احتمال و دقت و ظرافت حکم وجود داشته باشد.^۱

بند سوّم: مسائل ملحق به ضروریات دینی

این احکام و مسائل دلایل شان آشکار و روشن است و مأخذ دلیل در آنها برافاده حکم خاصی دلالت دارد اما به درجه یقین و قطع نمی رسد مانند مسائلی که بطور کلی درباره آنها اتفاق نظر وجود دارد یا اینکه اکثریت درباره حکم آنها یک رأی داشته باشند. مانند وجوب شستن پاها در هنگام وضو و کافی نبودن مسح.

بند چهارم: موارد مستند به حس

مانند عدم مشروعیت اقتدا کردن یک مجتهد به مجتهد دیگر در هنگام نامشخص بودن جهت قبله که در این حالت هر کدام از مجتهدین باید به نتیجه اجتهادش عمل کند و از اجتهاد مخالف تبعیت نکند. مسأله ظروف و لباس ها که نجس از غیر نجس آن مشخص نیست همین حکم را دارد. در توضیح این مسأله باید گفت که مجتهدین هرگاه درباره جهت کعبه اختلاف کنند تقلید کردن آنان از یکدیگر در این باره جایز نیست زیرا هر کدام از آنان اعتقاد دارد که مجتهد مخالف امری که مورد اتفاق و اجماع همگان یعنی کعبه را وانهاده است و تقلید کردن از تارک مورد اجماع جایز و روا نمی باشد. اما اقتدا کردن مجتهدین از یکدیگر در مورد ظروفی که پاک و نجس آن با یکدیگر آمیخته شده است بدین دلیل جایز نمی باشد که هر کدام از آنان اعتقاد دارد که مجتهد مخالف در نماز خود، موردی که به اتفاق همگان، موجب بطلان نماز می شود را مرتکب شده است که آن مورد همان استعمال نجس است. اختلاف مجتهدین درباره لباس هایی که

^۱ - ابن خطیب، الفقیه و المتفق، ج ۲، ص ۱۳۲؛ ابوزید، المدخل المفصل الی فقه الامام احمد بن حنبل، ج ۱، ص ۸۹

پاکش با نجسش آمیخته شده است حکم مسأله ظروف دارد.^۱ در موارد پیشین بدین دلیل رجوع به قول مخالف بمنظور خروج از خلاف ممتنع است که آن جزو مواردی نیست که ادراک و برداشت و مآخذ درباره آنها متفاوت باشد بلکه آنها جزو موارد مستند به حس هستند و قول حق و صواب در آنها قطعی است زیرا امکان تعیین حق و رسیدن بدان در آنها وجود دارد و جزو مواردی نیستند که حکم آنها محل نظر و حدس و ظن باشد. مسائل سه گانه فوق تقریباً جز مسائل مورد اتفاق همگان است و اگر درباره آنها اختلاف پدید آید خطا بودن در یکی از جهت ها بطور قطع حتمی است و در برخی حالات امکان تعیین خطا وجود دارد.^۲ و به همین علت است که این موارد از قاعده عدم نقض اجتهاد بوسیله اجتهاد استثنا شده است.

بند پنجم: اختلاف تنوع

اختلاف تنوع مانند مواردی است که شارع در جنس آنها قایل به تخییر شده باشد بگونه ای که خلاف در احاد آنها، مستلزم استحباب خروج از آن نمی باشد زیرا آنها از لحاظ قوت یکسان و همسان هستند مانند احادیث دعای افتتاح، احادیث تشهد و احادیث کیفیت نماز خوف. این موارد بدلیل آنکه بر وجوه متعدد و احوال گوناگون واقع شده اند بطور متفاوت روایت شده اند و از آنجایی که همه آنها از پیامبر (ﷺ) ثابت شده است ترجیح میان آنها هیچ ضرورت شرعی ندارد و مکلف می تواند با انجام آنها در اوقات مختلف میان موارد مذکور جمع کند یا اینکه یکی از آنها را برگزیند.

اختلاف تنوع بدلیل آنکه یک اختلاف صوری و شکلی است و حق در آن برخلاف سایر مسائل خلاف متعدد است خارج از قاعده مراعات خلاف است.^۳ از دیگر نمونه های اختلاف تنوع

^۱ - القرافي، الفروق، ج ۲، ص ۱۰۸؛ الونشريسي، ايضاح المسالك، ص ۶۰.

^۲ - ابن الشاط، ادرار الشروق، ج ۲، ص ۱۰۷.

^۳ - الزركشي، المنثور في القواعد، ج ۲، ص ۱۴۲؛ البطلیوسی، الأنصاف، ص ۲۰۱.

اختلاف در قراءات متواتر است که همه آنها ثابت و صحیح می باشند و بطور کلی هیچ فضل و برتری بر یکدیگر ندارند.

خلاصه سخن این است که موارد پیشگفته بدلیل آنکه حق در آنها واحد است و امکان تعیین خطا در آنها وجود دارد و در برخی دیگر از آنها اختلاف صوری و شکلی است قاعده مراعات خلاف در مورد آنها اعمال و اجرا نمی گردد زیرا مقصود از مراعات خلاف جمع میان اقوال مجتهدین امت اسلام از حیث جمع و تحصیل خروج از خلاف است بگونه ای که اگر عمل شخص خارج از خلاف بر هر دو مذهب مختلف عرضه شود صحیح بوده و حرج و مجازات از آن فعل منتفی گردد حال آنکه چنین مقصودی درباره موارد خارج از دایره مراعات خلاف صدق نمی کند و از آنجایی که ممکن است قاعده مراعات خلاف با مسأله جمع و ترجیح میان ادله اشتباه گردد لذا مناسبت دارد که تفاوت آنها با جمع و ترجیح میان ادله روشن شود که مبحث بعدی به بررسی این تفاوت می پردازد.

گفتار چهارم: تفاوت مراعات خلاف با ترجیح و جمع میان ادله

در مراعات خلاف از آنجایی که ترجیح رای مخالف یا جمع میان دو دلیل وجود دارد بدین گونه که مجتهد رای مخالف را که از نظرش مرجوح است راجح بداند یا اینکه میان دلیل خود و دلیل مجتهد مخالف جمع کند ممکن است این سوال مطرح گردد که در این حالت تفاوت مراعات خلاف با ترجیح و جمع میان ادله چیست؟ این مبحث در صدد جواب دادن به سوال فوق است بدین ترتیب که در آغاز تفاوت مراعات خلاف با ترجیح میان ادله و سپس تفاوت آن با جمع میان ادله بررسی خواهد شد.

بند اول: تفاوت مراعات خلاف با ترجیح بین أدله

ترجیح از راجح شدن ترازو گرفته شده و بمعنای تقویت کردن یکی از دو امارت بردیگری بوسیله چیزی که ظاهر و آشکار نیست.^۱

امام شاطبی اشکال و رابطه میان عمل به راجح و مراعات خلاف را اینگونه مطرح کرده است : « بنا به ظاهر، دلیل هرکجا باشد باید بدان عمل کرد و هرگاه از نظر مجتهد یکی از دو دلیل راجح باشد طبق قواعد و مقررات علم اصول، اعتماد کردن به آن راجح و ملغی ساختن غیر آن، لازم و واجب است. پس رجوع مجتهد به قول مجتهد دیگری به منزله اعمال کردن دلیل مرجوح و اهمال ساختن دلیل راجح از نظر او که تبعیت از آن بر او واجب است می باشد که این عملکرد برخلاف قواعد است ».^۲

حاصل سخن شاطبی این است که مجتهد در هنگام مراعات خلاف دلیل مرجوح را اعمال کرده و دلیل راجح را ترک گفته است و چنین عملی برخلاف قواعد و مقررات علم اصول است چرا که عمل کردن به راجح، واجب و لازم است.^۳

ابن عرفه پس از تعریف مراعات خلاف و توضیح آن با شاهد فقهی در جواب شاطبی گفته است : « همانگونه که روشن شد مراعات خلاف درحقیقت اعمال دلیل توسط مجتهد دروجهی که از نظرش راجح است و اعمال دلیل مخالف در آن جهتی که از نظرش راجح می باشد و برطبق مضمون حدیث پیامبر (ﷺ) که فرموده است : « الولد للفرأش » و عمل کردن برفوق هر دو دلیل درجهتی

^۱ - الزرکشی، البحرالمحیط، ج ۶، ص ۱۳۰.

^۲ - الونشیری، المعیارالمعرب، ج ۶، ص ۳۶۷.

^۳ - الآمدی، الأحکام، ج ۲، ص ۴۶۰، الشوکانی، ارشادالفعول، ص ۷۰۲؛ الزرکشی، البحرالمحیط، ج ۶، ص ۱۳۰.

که هرکدام از آن دو دلیل در آن، راجح می باشد بمعنای اعمال یکی و اهمال دیگری نیست بلکه آن اعمال هر دو دلیل است.^۱

علاوه بر ابن عرفه، ابوالعباس قباب نیز به تبیین رابطه مراعات خلاف و ترجیح میان ادله پرداخته است. او در جواب سؤال شاطبی گفته است: «برخی از دلایل شرعی از لحاظ قوت بسیار روشن هستند بگونه ای که ناظر در آنها به صحت یکی از دو دلیل و عمل کردن به یکی از دو امارت، قطع و جزم پیدا می کند که در این حالت، قایل شدن به مراعات خلاف معنا و مفهومی ندارد اما در برخی دیگر از ادله، یکی از دلایل، قوی است و یکی از امارت ها از لحاظ قوت و رجحان، راجح است اما نه بدانگونه که تردّد و دودلی مجتهد بطور کلی از بین برود و به مقتضای دلیل دیگر هیچگونه رغبت و تمایلی نداشته باشد که در این حالت، مراعات خلاف امر نیک و پسندیده ای است. مجتهد در ابتدا به دلیل راجح عمل می کند و بدان قایل می باشد بدلیل مقتضای رجحانی که در ظن غالب او حاصل گردیده است اما هرگاه عقد یا عبادتی بروفق مقتضای دلیل دیگر واقع شود آن عقد را فسخ نمی کند و عبادت مذکور را باطل نمی سازد زیرا آن عقد یا عبادت بروفق دلیلی که از نظر مجتهد دارای اعتبار بوده واقع شده است و نادیده گرفتن آن از انصاف به دور است.»^۲

از خلال همین جوابها بود که صورت روشنی در ذهن شاطبی پیرامون رابطه بین مراعات خلاف و ترجیح میان ادله شکل گرفت بگونه ای که او را واداشت تا به بررسی این قاعده بپردازد و برخی از جوانب مهم آن بویژه جنبه تیسیر و رفع حرج و اعتبار مآل در مراعات خلاف را تبیین سازد. او می گوید: «هرکس که عمل نهی شده مرتکب شود ممکن است آن عمل به احکام و آثاری شدیدتر از مقتضای نهی در حق او بینجامد که در این حالت یا باید او را با آن عملی که

^۱ - الونشریسی، المعیار العرب، ج ۶، ص ۳۷۶.

^۲ - همان مرجع، ج ۶، ص ۳۸۸.

انجام داده و گذاشت یا اینکه فساد واقع شده را بگونه ای پذیرفت که شایسته عدالت باشد و این حقیقت را مورد ملاحظه قرارداد که آن فعل بطور کلی بر وفق دلیلی انجام گرفته است و حتی اگر آن دلیل، مرجوح باشد آن نسبت به نگه داشتن مسأله بر همان حالتی که در آن واقع شده، راجح می باشد زیرا چنین عملکرد و شیوه ای بهتر از زایل ساختن آن واقعه و وارد کردن ضرر و زیانی شدیدتر از مقتضای نهی در حق فاعل است. پس حاصل سخن این است که دلیل نهی قبل از وقوع قویتر اما دلیل جواز پس از وقوع قویتر است و آن هم بدین دلیل که دلیل جواز به قراین مرجّحه مقترن می باشد.^۱

مقصود شاطبی این است که مکلف اگر عمل منهی عنه را براساس قول راجح از نظر یکی از مجتهدین انجام داده باشد ممکن است حکم دادن براساس آن رأی راجح به مشقتی زاید و فراتر از مقتضای نهی منجر گردد بگونه ای که مکلف را در حرج و سختی که خداوند آن را در دین قرار نداده است بیندازد. پس مجتهد بخاطر جلوگیری از این محذور به تصحیح آن عمل بر اساس قول مجتهد دیگری و با مراعات آن بعنوان امری شرعی اقدام می کند حتی اگر آن قول از نظرش مرجوح باشد زیرا عمل کردن به قول راجح موجب نادیده گرفتن حکم مرجوح بطور کلی نمی شود و لازم است که برحسب مرتبه مرجوح بدان عمل شود. دیگر آنکه مجتهد اختلاف در مسائل اختلافی و اجتهادی را پذیرفته و به خطای مجتهدین بطور معین اعتقاد جازم ندارد. افزون بر آن، استناد به اصل شرعی مورد اتفاق همگان که همان نفی حرج است مقتضی رجحان دلیل مخالف می گردد و بدین ترتیب آنچه راجح بوده مرجوح و آنچه مرجوح بوده راجح می گردد و آن هم به خاطر امور مقترن به فعل که موجب تصحیح و اعتبار بخشیدن به فعل مذکور می شوند که این خود به ضمیمه شدن دلایل به یکدیگر به گونه ای که جانب تصحیح و اعتبار فعل را راجح می سازد می انجامد.

^۱ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۲۰۳-۲۰۴.

بعنوان مثال در نکاح بدون ولی اگر قول راجح را همان بطلان چنین نکاحی و قول مرجوح را قایل شدن به صحت آن بشمار آوریم و بخواهیم قاعده مراعات خلاف را بر چنین مسأله ای - نکاح بدون ولی - تطبیق و اجرا سازیم براساس شیوه امام شاطبی قول راجح که همان رأی به بطلان است به مرجوح که همان قول به صحت است تبدیل می گردد و آن هم با افکندن نظری دوباره به واقعه جدیدی که رخ داده است. بنابراین آنچه راجح بوده مرجوح و آنچه مرجوح بوده راجح می گردد و حکم راجح - صحت - بر واقعه اعمال و اجرا می گردد و آثار و نتایج برآن مترتب می شود و اگرهم قبل از وقوع حادثه قول به صحت را راجح و قول به بطلان را مرجوح بشمار آوریم مسأله به همین نحو خواهد بود زیرا احتیاط که به اتفاق همگان یک اصل شرعی و یکی از مرجحات است^۱ مقتضی این است که راجح، مرجوح و مرجوح، راجح در نظر گرفته شود. و همانگونه که قبلاً گفته شد تحقق رأی مخالف - معارض - درگرو تحقق رأی معارض که همان رأی مجتهد قبل از مراعات خلاف است که این رأی معارض از طریق ظن غالب برگرفته از دلایل شرعی حاصل شده است بگونه ای که اگر مراعات خلاف نمی بود عمل کردن بدان توسط مجتهد واجب می باشد.^۲ زیرا همگان اتفاق نظر دارند که برای مجتهد جایز نیست که از نتیجه اجتهادش رجوع کند و بدان فتوا ندهد بدلیل آنکه نتیجه اجتهادش از صفت رجحان برخوردار است و طبق قواعد و مقررات علم اصول عمل کردن به رأی راجح از نظر مجتهد واجب است مگر آنکه در ترک عمل به راجح و عمل کردن به مرجوح مجوز و دلیل شرعی وجود داشته باشد. اما اگر از نظر مراعات کننده خلاف، رأی خویش و رأی مخالف همسان و برابر است در این حالت بخاطر تعذر ترجیح و طبق قولی که امام شافعی آن را نقل کرده است مجتهد حق انتخاب و برگزیدن

۱- الفزالی، المنخول، ص ۵۴۱؛ الزرکشی، البحرالمحیط، ج ۶، ص ۱۷۰، الشوکانی، ارشادالفحول، ص ۱۹۱.

۲- الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۲۸.

هر کدام از دو رأی را دارد^۱ اما اگر رأی مخالف - معارض - از نظر مجتهد قوی و راجح باشد در این حالت باید بدان عمل کرد و مرجوح را ترک گفت اما نه بخاطر مراعات خلاف بلکه بدلیل لزوم عمل کردن به رأی راجح از نظر شرعی است و اگر رأی مراعات کننده خلاف راجح باشد اما بخاطر مجوز و دلیل شرعی رأی مرجوح را مورد اعتبار قرار دهد این عمل همان مراعات خلاف است.

بند دوم: تفاوت مراعات خلاف با جمع میان ادله

در آغاز برای اینکه رابطه میان مراعات خلاف و جمع میان ادله روشن گردد لازم است حقیقت و ماهیت جمع شناخته شود که به همین منظور، نخست جمع را توضیح داده می شود و سپس رابطه آن را با مراعات خلاف بررسی خواهیم کرد.

جمع در لغت بمعنای ضمیمه ساختن دو چیز به یکدیگر است.^۲ اما در اصطلاح بمعنای آشکار ساختن توافق و سازگاری میان ادله شرعی به ظاهر متعارض و بیان عدم اختلاف حقیقی میان آنان بواسطه طُرُق دفع تعارض یا تأویل برخی از آنها است. بنابراین جمع میان ادله همان دفع تعارض موجود میان ادله است.

از جمله شروط تعارض این است که دو دلیل مساوی باشند و در آن واحد و محل واحد در برابر هم قرار بگیرند^۳ که در این حالت مجتهد به دفع تعارض بواسطه جمع میان ادله تاحد امکان حتی اگر از یک وجه باشد اقدام می کند.^۴ البته این شیوه، بهترین است زیرا عمل کردن به هر دو دلیل

۱- همان مرجع، ج ۴، ص ۱۲۵.

۲- الفیروزآبادی، التاموس المحيط ف ج ۳، ص ۱۴؛ ابن منظور، لسان العرب، ج ۸، ص ۵۳، الجوهری، الصحاح، ج ۳، ص ۱۱۹۸.

۳- السرخسی، اصول السرخسی، ج ۲، ص ۱۲؛ الزرکشی، البحر المحيط، ج ۶، ص ۱۰۹.

۴- ابن جزی، تقریب الوصول الی علم الأصول، ص ۱۶۲.

حتی اگر از یک وجه باشد بهتر از تنها عمل کردن به راجح یعنی به یکی از آن دو است. فخر رازی می گوید: «عمل کردن به هر کدام از دو دلیل از یک وجه بهتر از عمل کردن به یکی از آن دو است»^۱. بعنوان مثال، پیامبر (ﷺ) فرموده است: «آیا شما را از بهترین گواهان آگاه نسازم؟ او کسی است که قبل از درخواست کردن از او به ادای شهادت اقدام می کند»^۲. و در حدیث دیگری میگوید: «بهترین قرن و نسل شما قرن من است و سپس آنانی که پس از این نسل می آیند و سپس آنانی که پس از نسل دوم می آیند و سپس اقوام و مردمانی خواهند آمد که خیانت می کنند و امانت دار نیستند و گواهی می دهند حال آنکه اهل شهادت و گواهی نمی باشند»^۳.

در این دو فرمایش پیامبر (ﷺ) به ظاهر تعارض وجود دارد زیرا حدیث نخست بر جواز قبول شهادت قبل از درخواست و طلب آن از سوی صاحب حق دلالت دارد و این جواز نسبت به حقوق خداوند و حقوق بندگان یکسان است اما حدیث دوم قبول چنین شهادتی را اصلاً نمی پذیرد و آن را جایز نمی داند. بنابراین بمنظور جمع میان دو حدیث، حدیث نخست را باید بر نوعی از حقوق که همان حقوق خداوند است حمل کرد و شهادت در این حالت از باب شهادت حسبیه خواهد بود و حدیث دوم را بر نوع دیگری از حقوق یعنی حقوق بندگان حمل می گردد و بدینگونه میان دو حدیث به ظاهر متعارض جمع می گردد.^۴

^۱ - الرازی، المحصول، ج ۵، ص ۴۰۶؛ السبکی و ابن السبکی، الإیهاج، ج ۳، ص ۱۷۶.

^۲ - مسلم، صحیح مسلم، ج ۵، ص ۱۳۳ - ابن حنبل المسند، ج ۴، ص ۱۱۵؛ الطحاوی، شرح معانی الآثار، ج ۴، ص ۱۵۲؛ المبارکفوری، تحفة الأحوذی، ج ۶، ص ۴۷۵؛ السیوطی، الدیباچ، ج ۴، ص ۳۲۲؛ العظیم آبادی، عون المعبود، ج ۱۰، ص ۳.

^۳ - البخاری، صحیح البخاری، ج ۷، ص ۱۷۳؛ النووی، شرح صحیح مسلم، ج ۱۶؛ السیوطی، الدیباچ، ج ۵، ص ۴۸۰؛ المبارکفوری، تحفة الأحوذی، ج ۱۰، ص ۲۴۴.

^۴ - السبکی و ابن السبکی، الإیهاج، ج ۳، ص ۱۷۸؛ الشنقیتی، نشر البند، ج ۲، ص ۱۷۸.

حال که مفهوم جمع و مراعات روشن گردید می توان رابطه میان آن دو را از خلال مقایسه زیر مشخص ساخت و براین اساس باید گفت که جمع و مراعات از جهتی متفق و از جهتی مختلف و متفاوت می باشند که شرح هر کدام از این جهات به قرار زیر است.

بند سوّم: وجه اشتراک و افتراق مراعات با جمع میان ادله

جمع میان ادله و مراعات خلاف از این جهت که در هردو اعمال دلیل وجود دارد متفق و مشترک می باشند اما در جزئیات زیر بایکدیگر اختلاف دارند :

نخست: از حیث ادله

جمع میان ادله غالباً میان دو دلیل که از نظر مجتهد از لحاظ قوت یکسان و همسان می باشند صورت می گیرد حال آنکه در مراعات خلاف مجتهد با دو دلیل روبرو است: دلیلی که از نظر او راجح است و دلیل مخالف که از نظرش مرجوح است. مجتهد به اعمال دلیل مخالف اقدام می کند اما نه از جهت ذات آن دلیل بلکه بخاطر وجود مجوز و مسوّغ شرعی که چنین اعمالی را جایز و روا می سازد اما در جمع بین ادله، مجتهد هردو دلیل را بخاطر ذات آنها و بنا بر قاعده « اعمال دلیل بهتر از افعال آن است »^۱ اعمال می کند.

دوم: از حیث اثر دلیل

در جمع بین ادله و با عمل کردن به هردو دلیل، مجتهد به یک رأی قایل می گردد اما در مراعات خلاف دو دلیل وجود دارد: دلیل مجتهد مراعات کننده که مجتهد حکم اولی خود را از آن استنباط می کند و دلیل مخالف که مجتهد مخالف حکم خود را از آن برداشت کرده است و مجتهد مراعات کننده بخاطر وجود مجوز شرعی به رأی و دلیل مخالف پناه می برد تا سرانجام

^۱ - الأسنوی، التهمید، ص ۶۲۶؛ السیوطی، الأسباه و النظائر، ج ۱، ص ۲۸۶؛ الزرقا، شرح القواعد الفقهیه، ص ۳۱۵؛ الندوی، القواعد الفقهیه، ص ۳۹۳.

حکم سومی استنباط کند و البته که هرگاه مسوغ و مجوز شرعی در میان باشد مجتهد بدان عمل می کند و هرگاه مجوز منتفی گردد به همان رأی اول خود تمسک می جوید.

مبحث دوم: مشروعیت مراعات خلاف

در این بخش ابتدا به بررسی موضع مذاهب اسلامی نسبت به مراعات خلاف یا خروج از خلاف دیگر مجتهدان خواهیم پرداخت و سپس دلایل قائلان به مراعات خلاف مطرح خواهیم کرد و سرانجام اشکالات و ایراداتی که توسط برخی از فقها و عالمان دین درباره مراعات خلاف وارد شده است نقد و بررسی خواهد شد.

خاستگاه اختلاف فقها و اصولیین راجع به صحت مراعات خلاف این است که آیا خروج از خلاف فقها و مراعات آن مستحب است یا اینکه واجب در حق مجتهد عمل کردن به نتیجه اجتهادش است همانگونه که واجب در حق مقلد نیز تبعیت و تقلید از فتوای مجتهد است و نباید به خلاف مخالف یا موافقت موافق، التفات و توجه داشته باشد؛ با توجه به مباحث پیشین می توان بطور قطع ادعا کرد که جمهور اهل سنت به مراعات خلاف و خروج از آن توجه و اهتمام ویژه ای داشته اند بگونه ای که خلاف را در زمره انواع شبهه بشمار آورده اند اما با این حال، قاعده مراعات خلاف برای برخی از فقها مبهم گشته و ایرادات و اشکالاتی در مورد آن مطرح کرده اند و بر همین اساس می توان دیدگاهها را در دو مورد خلاصه کرد:

گفتار اول: دیدگاه قائلان به مراعات خلاف

جمهور فقها مراعات خلاف و خروج از آن را در زمره احتیاط و ورع مشروع و پسندیده بشمار آورده اند.

غزالی می‌گوید:^۱ «پرهیز از مواضع خلاف هم در حق مفتی و هم در حق مقلد در تحصیل ورع اهمیت بسزائی دارد» و قرافی مالکی می‌گوید:^۲ خروج از خلاف علما بر حسب امکان جزو ورع است. ملاعلی قاری از علمای حنفیه گفته است: «خروج از خلاف به اجماع مستحب است».^۳ البته وجود اجماع در این باره توسط سبکی و امام نووی نیز ادعا شده است.^۴ اما حقیقت این است که اثبات آن کاری بس دشوار است مگر آنکه گفته شود مخالفان مراعات خلاف قاعده مذکور را از اساس رد نکرده‌اند و فقط ایرادات و اشکالاتی درباره آن مطرح کرده‌اند و هنگامی که اشکالات آنان بر طرف گردید خود از قائلان به مراعات خلاف گردیدند همانند شاطبی که در آغاز جزو مخالفان مراعات خلاف بوده اما پس از مکاتباتی که با فقیهان هم عصر خود درباره مراعات خلاف انجام داده است خود او سرانجام به تقمید و تبیین مبانی مشروعیت آن پرداخته است یا اینکه بگوییم ادعای اجماع درباره مراعات خلاف قبل از ظهور مخالفان یا بر عدم اعتنا به آرای مخالفان تکیه داشته است ولی در هر صورت آنچه که قطعاً می‌توان گفت این است که اکثریت فقهای مذاهب اسلامی به مراعات خلاف و خروج از آن اعتقاد دارند. مبنای این ادعا یا حقیقت همان ادعای وجود اجماع و تعداد عالمان بیشماری است که به این رای تصریح کرده و فروع فقهی فراوانی که براساس این قاعده تخریج شده‌اند حال آنکه مخالفان قاعده مراعات خلاف اندک و انگشت شمار می‌باشند.

شایسته یادآوری است که از میان مذاهب اسلامی مذهب مالکی و شافعی بیش از دیگر مذاهب به این قاعده عمل کرده‌اند. دیگر آنکه مراعات خلاف تنها در میان مذاهب چهارگانه اهل سنت مورد اعمال واقع نشده و پیدایش آن همزمان با پیدایش مذاهب اسلامی نبوده است بلکه می‌توان شواهد و نمونه‌هایی از مراعات خلاف در میان مجتهدان صحابه و دیگر بزرگان دین بدست آورد.

۱- الغزالی، احياء علوم الدين، ج ۲، ص ۱۱۵.

۲- القرافي، الفرق، ج ۴، ص ۱۶۳؛ القرافي، الذخيره، ج ۱۳، ص ۲۴۶.

۳- الندوی، القواعد الفقهيہ، ص ۳۷۴.

۴- السبکی، الاشياء والنظائر، ج ۱، ص ۱۱۱؛ النووی، شرح صحيح مسلم، ج ۲، ص ۲۳.

بعنوان نمونه، روزی عمر بن خطاب - رضی الله عنه - مردی را که مشکلی داشته بود در راه دید و از او سؤال کرد راجع به آن مشکل چکار کردی؟ آن مرد گفت: علی - رضی الله عنه - راجع به آن اینگونه حکم کرد. عمر گفت: اگر من بودم بگونه ای دیگر حکم می دادم. آن مرد گفت: چه چیزی تو را از این کار باز می دارد درحالی که شما خلیفه و رهبر مسلمانان هستی؟ عمر گفت: اگر شما را به قرآن یا سنت پیامبر (ﷺ) ارجاع می دادم همین کار را می کردم اما شما را به رأی ارجاع می دهم و رأی هم میان افراد، مشترک است و نمی دانم کدام یک از این دو رأی در نزد خداوند احق است.^۱

همچنین عبدالله بن مسعود علیرغم مخالفت خود با حضرت عثمان درباره قصر نماز در « منی » هنگامی که پشت سر حضرت عثمان نماز خواند نماز را بطور کامل خواند و چونکه از او در این باره سؤال شد او گفت: خلاف شر است.^۲

در حادثه نخست حضرت عمر با اینکه خلیفه بود اما رأی حضرت علی را نقض نکرد و بدان اعتبار داد و در مسأله دوم حضرت عبدالله بن مسعود خلاف حضرت عثمان را معتبر دانست و پشت سر او نماز را به قصر خواند با اینکه او معتقد بود که نماز را باید بطور کامل خواند.

امام بخاری هم درباره حدیث جرهد که روایت کرده پیامبر (ﷺ) فرموده است: « ران عورت است » و حدیث انس که در آن آمده است: « هنگامی که پیامبر (ﷺ) در کوچه های خیبر دوید زنانیم با ران پیامبر (ﷺ) تماس پیدا کرد و پیامبر (ص) ازار از رانش بالا کشید بگونه ای که سفیدی رانش را دیدم، گفته است: « حدیث انس از لحاظ سند معتبرتر است اما حدیث جرهد احوط است تا بدین ترتیب از خلاف خارج شویم ».^۳

^۱ - شلبی، المدخل، ص ۳۱۱؛ الخضری، تاریخ التشریع الاسلامی، ص ۷۵.

^۲ - الکاندهلوی، حیاة الصحابة، ج ۲، ص ۴.

^۳ - البخاری، صحیح البخاری، ج ۱، ص ۹۷؛ ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج ۱، ص ۱۳۳.

در مذهب شافعیّه بزرگان این مذهب بر مشروعیت مراعات خلاف و استحباب آن تأکید کرده اند. زرکشی می گوید:^۱ خروج از خلاف با پرهیز از چیزی که درباره حرام بودنش اختلاف است و با انجام چیزی که درباره وجوبش اختلاف شده مستحب است. ابن سبکی هم گفته است:^۲ به کنار نهادن خلاف بوسیله خروج از آن بهتر است و خروج از خلاف در زمره ورعی که شرعاً مطلوب است بشمار می آید.

روزی امام شافعی نماز صبح را در نزدیکی مقبره ابوحنیفه خواند و بخاطر رعایت ادب در برابر ابوحنیفه، قنوت را نخواند و «بسمله» را نیز قرائت نکرد و هنگامی که از علت این کار از او سؤال شد او گفت: چه بسا به مذهب اهل عراق عمل نمایم. و به همین دلیل در تعلیل این مسأله گفته اند که چه بسا سنت در هنگام نیاز و ضرورت بخاطر امور و قراین راجح مانند تعلیم جاهل و ... ترک شود و روشن است که بیان بواسطه فعل آشکارتر از بیان بواسطه قول است و به همین دلیل آنچه که امام شافعی انجام داده بهتر از خواندن قنوت و جهر گفتن «بسمله» است.^۳

در مذهب مالکیه هم مبنا بودن این قاعده در بسیاری از احکام شرعی بسیار روشن است. امام شاطبی میگوید:^۴ مراعات خلاف در مذهب امام مالک یک اصل است و بسیاری از مسائل بر آن بنا شده است. همچنین حجوی مالکی در هنگام برشمردن قواعد مذهب امام مالک، قاعده مراعات خلاف را یکی از قواعد مذهب مالکیه برشمرده است.^۵ افزون بر آن، عالمان مذهب مالکی در تأیید

۱- زرکشی، المنثور فی القواعد، ج ۲، ص ۱۱۲.

۲- السبکی، الأشباه و النظائر، ج ۱، ص ۱۱۲.

۳- ابن عابدین، حاشیه رد المحتار، ج ۱، ص ۵۹؛ الدهلوی، حجة الله البالغة، ج ۱، ص ۲۹۶.

۴- الشاطبی، الاعتصام، ج ۲، ص ۱۰۱.

۵- الحجوی، الفكر السامی، ص ۳۱۶.

مشروعیت مراعات خلاف به تحقق اجماع درباره مجزی بودن نماز پیروان مذاهب پشت یکدیگر استدلال کرده اند و مازری و لخمی این مسأله را نقل کرده اند.^۱

اما در مذهب حنفیه، ابن عابدین در حاشیه مشهور خود به استحباب مراعات خلاف تصریح کرده و برای این موضوع مطلب خاصی تحت عنوان «مطلب فی مراعاة الخلاف» قرار داده است.^۲ روزی ابویوسف پس از اینکه نماز جمعه را ادا کرده و مردم نیز متفرق شده بودند به او اطلاع دادند که در چاهی که از آن غسل کرده موشی افتاده است. ابو یوسف در جواب گفت: در این صورت به قول دوستان و عالمان اهل مدینه مبنی بر اینکه اگر آب به دو قلّه برسد نجس نمی گردد عمل می کنیم.^۳

اما در مذهب حنبلی نمونه های بی شماری در مورد مراعات خلاف می توان یافت از جمله آنکه ابن قدامه درباره استحباب استخلاف امام در حالت بیماری می گوید:^۴ برای امام مستحب است هرگاه بیمار شود و از ایستادن در نماز ناتوان گردد جانشینی برای خود تعیین کند زیرا فقها درباره صحت امامت در این حالت اختلاف کرده اند و با استخلاف خروج از خلاف حاصل می گردد و دیگر آنکه نماز شخص قادر بر ایستادن کامل تر است و مستحب است که امام نمازش کامل باشد.

ابن قدامه در مواضع بسیاری از کتاب گرانمایه خود «المغنی» مبنا و علت بسیاری از احکام را خروج از خلاف بشمار آورده است.^۵ علاوه بر آن، هنگامی که از امام احمد که قایل به نقض وضو در اثر استفراغ و حجامت است سؤال شد آیا اگر از امام خون خارج شود و وضو نگیرد پشت سرش نماز می خوانی؟ او در جواب گفت: چگونه پشت سر امام مالک و سعید بن مسیب نماز

^۱ - الوئشیری، ایضاح المسالک، ص ۶۳؛ القرافی، الفروق، ج ۲، ص ۱۰۷.

^۲ - ابن عابدین، حاشیه رد المحتار، ج ۱، ص ۱۵۹.

^۳ - ابن حاجب، مختصر المنتهی الأصولی، ص ۳۴۲، امیرپادشاه، تیسیرالتحریر، ج ۴، ص ۲۲۷.

^۴ - ابن قدامه، المغنی، ج ۲، ص ۲۷.

^۵ - همان مرجع، ج ۱، ص ۱۳۵؛ ۷۵، ۱۷۲، ۲۲۰، ۳۰۵، ۴۳۱، ج ۲، ص ۵۶.

نخوانم؟^۱ حقیقت این است که مبنای مراعات خلاف در نزد پیشوایان فقه و فقاهت همان اعتبار دو قول است زیرا هر کدام از دو دلیل احتمال این را دارد که مقصود شارع باشد و مجتهد موظف و مکلف به پیروی از اجتهاد خود در آنچه که مقصود شارع نیز همان است می باشد و مکلف به مقصود شارع در نفس امر نیست اما با این حال، جهت راجح حتی با وجود راجح بودن امکان مقصود بودن جهت دیگر از نظر شارع را بطور کلی از بین نمی برد جز اینکه این امکان در هنگام تکلیف نادیده گرفته می شود اما از لحاظ نظری به قوت خود باقی است.^۲

دلایل قائلان به مراعات خلاف

از آنجائی که مراعات خلاف و خروج از آن بعنوان یک قاعده در بسیاری از فروع فقهی اعمال شده و برخی از بزرگان دین مفهوم و عمل بدان را مورد اشکال و نقد قرار داده اند لذا ضروری می آید که پیرامون اصل مشروعیت و مبانی دلایل شرعی آن سخنی حتی طولانی گفته شود تا بدین ترتیب هر ناظر و فقیهی نسبت به مشروعیت آن اطمینان حاصل کند و در هنگام ظهور ماخذ و دلیل خلاف در عمل کردن بدان رضایت خاطر داشته باشد.

دلایل مشروعیت مراعات خلاف را می توان به دلایل نقلی و دلایل عقلی تقسیم کرد که در آغاز به طرح و بررسی دلایل نقلی خواهیم پرداخت و سپس دلایل عقلی و اصولی را بررسی خواهیم کرد.

بند اول: دلایل نقلی

مهمترین دلایل نقلی مراعات خلاف که جمهور بدان استدلال کرده اند به قرار زیر است :

^۱ - الدهلوی، حجة الله البالغة، ج ۱، ص ۲۹۶، ابن قدامة، المغنی، ج ۲، ص ۱۱.

^۲ - الشاطبی، الموافقات، ج ۲، ص ۳۱، ۳۲.

۱- مهمترین دلیل نقلی مورد استناد جمهور حدیث «فرزند از آن فراش و سنگ از آن زنکار است»^۱ است. حضرت عایشه می‌گوید: عتبه بن ابی وقاص به برادرش سعد بن ابی وقاص سپرده بود که فرزند کنیز زمعه از آن اوست. بنابراین او را به نزد خود بیاور. عایشه می‌گوید: هنگامی که «عام الفتح» رسید سعد آن فرزند را به نزد خود برد و گفت که او پسر برادرم است و سرپرستی‌اش را به من سپرده است. عبد بن زمعه گفت: آن فرزند، برادرم و پسرکنیز پدرم است که در فراش پدرم بدنیا آمده است. سعد و عتبه دچار اختلاف شدند و شکایت را به نزد پیامبر (ﷺ) بردند. سعد گفت: ای پیامبر خدا! این پسر برادرم است و او مسئولیت نگهداریش را به من واگذار کرده است. عبد بن زمعه گفت: این پسر برادرم و پسر کنیز پدرم است. پیامبر (ﷺ) فرمود: ای عبد بن زمعه این فرزند از آن توست، فرزند از آن فراش است و سنگ از آن زنکار است. پیامبر (ﷺ) سپس خطاب به سوده دختر زمعه گفت: خودت را از او بپوشان و حجابت را رعایت کن.^۲

تمام روایات این حدیث درباره اختلاف سعد بن وقاص و عبد بن زمعه در مورد فرزندی که هر کدام مدعی او هستند اتفاق نظر دارند. در این مساله، سعد ادعا کرده که آن فرزند، از آن برادرش، عتبه و از سویی دیگر، عبد بن زمعه ادعا کرده که آن فرزند، برادرش است زیرا او از کنیز پدرش بدنیا آمده است. پیامبر- ص- در این حادثه، فرزند مذکور را به صاحب فراش که زمعه است ملحق کرد و از جهتی دیگر به سوده دختر زمعه دستور داد تا خود را در برابر آن پسر بپوشاند و حجابش را رعایت کند بدلیل شباهتی که آن پسر با عتبه داشته و پیامبر (ﷺ) این شباهت را ملاحظه کرده است. در حقیقت پیامبر (ﷺ) در این مساله دو حکم مراعات کرده است: حکم فراش که براساس آن،

^۱- البخاری، صحیح البخاری، ج ۳، ص ۵؛ مسلم، صحیح مسلم، ج ۴، ص ۱۷۱؛ الدارقطنی، سنن الدارقطنی، ج ۳، ص ۶۹؛ ابن ماجه، سنن

ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۴۶؛ ابن حنبل، المسند، ج ۵، ص ۲۶۷؛ الدارمی، سنن الدارمی، ج ۲، ص ۱۵۲؛ الشافعی، المسند، ص ۱۳

^۲- النووی، شرح صحیح مسلم، ج ۱۰، ص ۳۹؛ البخاری، صحیح البخاری، ج ۳، ص ۵؛ السیوطی، شرح سنن النسائی، ج ۶، ص ۱۸۲؛

العظیم آبادی، عون المعبود، ج ۶، ص ۲۳۶

فرزند را به صاحب فراش ملحق ساخت و حکم شبه که براساس آن به دختر صاحب فراش دستور داد تا خودش را در برابر آن پسر بیوشاند و حجابش را رعایت کند.

ابن دقیق العید می‌گوید:^۱ حدیث بیانگر این است که فراش مقتضی الحاق فرزند به زمعه است و شباهت آشکار مقتضی الحاقش به عتبه است. پیامبر (ﷺ) براساس مقتضای فراش نسب فرزند را به زمعه ملحق کرد و مساله «شبه» را با دستور دادن سوده به پوشاندن خود در برابر آن فرزند مراعات کرد و بدین ترتیب در مورد این مساله حکمی میان دو حکم صادر کرد و فقط براساس فراش حکم نداد تا بدین ترتیب محرمیت آن فرزند و سوده ثابت گردد و نه مساله «شبه» را بطور مطلق رعایت کرد تا آن فرزند به عتبه ملحق شود و به همین دلیل گفته‌اند که این شیوه بهترین شیوه هاست زیرا فرع اگر میان دو اصل مردد باشد و به یکی از آندو اصل بطور مطلق ملحق گردد در این حالت، شباهت آن به اصل دیگر بطور کلی باطل می‌گردد و عکس آن نیز به همین گونه است اما اگر فرع به هر کدام از دو اصل از یک وجهی ملحق شود آن بهتر از ملغی ساختن یکی از آندو از تمام وجوه است. همو پس از شرح و توضیح وجه استدلال مذکور به نقد و بررسی آن پرداخته و می‌گوید: این استدلال از این جهت محل نقد و اعتراض است که محل نزاع این است که اگر مساله میان دو اصل شرعی مردد باشد و نظر شرع، مقتضی الحاق آن به هر کدام از آن دو دلیل است حال آنکه در این حادثه، شرع مقتضی الحاق فرزند محل نزاع به فراش است و شبهه شرعاً مقتضی الحاق نیست و بنابراین فرمایش پیامبر (ﷺ) «ای سوده خودت را از او بیوشان» را باید بر احتیاط و ارشاد به یک مصلحت وجودی نه بیان وجوب حکم شرعی، حمل کرد. مؤید این سخن آن است که اگر در یک فرزند شباهتی با غیر صاحب فراش مشاهده شود برای آن شباهت هیچ حکمی ثابت نمی‌گردد و رعایت

۱- ابن دقیق العید، احکام الاحکام، ج ۲، ص ۲۰۴؛ الونشریسی، المعیارالمعرب، ج ۶، ص ۳۷۹

حجاب در مساله مذکور چیزی جز ترک کردن یک امر مباح نیست و آن هم بر فرض ثبوت محرمیت که البته آن مساله بدوری نیست.^۱

ابن دقیق العید در مورد قرار دادن «شبه» بعنوان صفت معتبر برای بنا کردن حکم شرعی براساس آن، اعتراض وارد کرده و از نظر او در حادثه مذکور چیزی جز ترک یک امر مباح بخاطر ثبوت محرمیت میان سوده و آن فرزند محل نزاع، نیست.

این احتمالی که ابن دقیق العید درباره عدم اعتبار «شبه» بعنوان علت حکم مطرح کرده مورد تایید ابن قیم نیز قرار گرفته است. ابن قیم می‌گوید: «دستور پیامبر (ﷺ) به سوده در مورد رعایت حجاب یا از باب احتیاط و ورع که شباهت آشکار آن فرزند با عتبه چنین حکمی را موجب شده است یا از باب مراعات هر دو شبه و اعمال هر دو دلیل است. فراش دلیل و مبنای الحاق نسب است و شباهت به غیر صاحب فراش دلیل نفی نسب است. در مساله مذکور حکم فراش بخاطر قوت آن نسبت به مدعی اعمال گردید و حکم شباهت با عتبه نسبت به ثبوت محرمیت میان آن فرزند و سوده مورد اعمال واقع شد که این شیوه از بهترین و روشنترین و آشکارترین احکام است.

ابن قیم در این گفتار خود به این نتیجه رسیده است که اعمال هر دو شبه و مراعات کردن هر دو دلیل از بهترین و روشنترین احکام است. البته او به این مقدار اکتفا نکرده و به ذکر برخی قرائن و شواهدی که این شیوه و عملکرد را تایید می‌سازد پرداخته است. او می‌گوید: «ثبوت نسب از وجهی بدون وجهی دیگر ممتنع نیست. بعنوان مثال، نسب میان زناکار و فرزند از لحاظ تحریم و پاره تنی-بضعیت- ثابت می‌شود اما از لحاظ ارث و نفقه و ولایت و غیره ثابت نمی‌گردد و ممکن است برخی از احکام نسب با ثبوت آن بخاطر وجود مانع منتفی گردد که اینگونه موارد در شریعت

^۱ - ابن دقیق العید، احکام الاحکام، ج ۲، ص ۲۰۵

بسیارند و بنابراین انتفای محرمیت میان سوده و آن فرزند بخاطر مانع شباهت او به عتبه نباید مورد انکار واقع شود و چنین شیوه‌ای چیزی جز فقه ناب نیست.^۱

فقه‌های مالکی در قایل شدن به کراهت خوردن گوشت میمون به همین حدیث استناد کرده اند بدینگونه که دلیل حلیت خوردن گوشت میمون ظاهر و قوی است ولی با این حال آنان به اثر قول معارض- شافعیه- که قایل به منع خوردن گوشت میمون است^۲ عمل کرده‌اند و به همین علت حکم به کراهت خوردن گوشت میمون داده‌اند.^۳

در مذهب شافعیه نیز با اینکه قربانی «متروک التسمیه» حلال است اما از آنجائی که دلیل مخالف- حنفیه- که قایل به حرمت خوردن از قربانی که عمداً نام خداوند بر آن ذکر نشده است^۴ - قوی می باشد آنان حکم به کراهت چنین قربانی داده‌اند.^۵ این شیوه در حقیقت همان حکم میان دو حکم است که پیامبر (ﷺ) در حادثه مذکور اعمال و اجرا کرد و خود یکی از مصادیق مراعات خلاف است.

۲- دومین دلیل نقلی حدیث «هر زنی که بدون اذن ولی خود ازدواج کند ازدواجش باطل است باطل است باطل است و اگر مرد با این زن همبستر شده باشد زن بخاطر استمتاع شوهر از او مستحق مهر است».^۶

پیامبر (ﷺ) در این حدیث به بطلان نکاح بدون ولی قبل از دخول حکم داده است ولی در همین ازدواج باطل و فاسد اگر دخول صورت بگیرد برخی از آثار نکاح صحیح را بر آن مترتب کرده است

^۱- ابن القیم، زاد المعاد، ج ۵، ص ۴۱۴

^۲- الشربینی، مفتی المحتاج، ج ۴، ص ۳۰۰؛ الشربینی، الاقناع، ج ۲، ص ۲۳۵

^۳- الدسوقی، حاشیه الدسوقی، ج ۲، ص ۱۱۸؛ الدیر، شرح الکبیر، ج ۲، ص ۱۱۸

^۴- الغزنوی، الفره المنیقه، ص ۱۸۰

^۵- الفزالی، ا حیاء علوم الدین، ج ۲، ص ۱۱۶؛ السبکی؛ الاشباه و النظائر، ج ۱، ص ۱۱۶

^۶- قبلاً تخریج شده است.

که این خود بیانگر تصحیح مورد نهی از یک وجه است و به همین دلیل در مذهب مالکیه توارث در آن صورت می گیرد و نسب فرزند ثابت می شود. در نظر گرفتن نکاح فاسد همانند نکاح صحیح در این احکام و در حرمت مصاهره و ثبوت عدّه و عدم اجرای حد توسط فقها^۱ خود دلیل است بر آنکه آن بطور کلی صحیح است و گر نه آن در حکم زنا خواهد بود در حالی که آن به اتفاق در حکم زنا نمی باشد. در نکاح محل اختلاف چه بسا خلاف مورد مراعات قرار بگیرد و اگر دخول صورت گرفته باشد بخاطر مراعات کردن امور مقترن به دخول که جانب تصحیح عقد را راجع می سازد، حکم به جدایی در آن داده نشود.^۲

شاطبی می گوید: « پیامبر (ﷺ) در آغاز حکم به بطلان عقد کرده و آن را برای سه بار مورد تاکید قرار داده و آن را زنا بشمار آورده است و حداقل مقتضای این بطلان معتبر ندانستن عقد مذکور است اما پیامبر (ﷺ) پس از این حکم با بیانی دیگر آن را پس از وقوع معتبر دانسته و فرموده است «ولها مهرها بما اصاب منها» و روشن است که مهر زنا حرام است».^۳

در توضیح بیشتر مطلب باید گفت که حدیث فوق بر شرط بدون ولایت در نکاح دلالت دارد و اگر شرط ولایت محقق نباشد عقد باطل بشمار می آید و پیامبر (ﷺ) بطلان عقد را برای سه بار تاکید کرده است تا بدین ترتیب همه بدانند که جهت فساد در این نکاح در نهایت وقاحت و زشتی است اما پیامبر (ﷺ) با این وجود به لازم بطلان که همان الفای مهر است حکم نداده و لازم نکاح صحیح که همان ثبوت مهر برای زوجه است را اعمال کرده است و مقتضای این شیوه آن است که اگر زن مدخوله واقع شود مستحق مهر است حتی اگر نکاح باطل باشد.

^۱ - النوی، المجموع، ج ۱۷، ص ۲۴۶-۲۴۷.

^۲ - الشاطبی، الموافقات، ج ۲، ص ۲۰۴-۲۰۵.

^۳ - الشاطبی، الاعتصام، ج ۲، ص ۱۰۳.

نکته دیگر این است که حکم به لازم با وجود بطلان ملزوم در هنگام اعتبار نقیضاش جای اشکال نیست. در قرآن آمده است: (يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحْلُوا شَعِيرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا أَهْدَى وَلَا أَلْقَلِيدَ وَلَا ءَامِينَ الْبَيْتِ الْحَرَامِ يَتَّبِعُونَ فَضْلًا مِّن رَّبِّهِمْ وَرِضْوَانًا) [مائده/۲]. خداوند متعال در این آیه علت نهی از حلال بشمار آوردن موارد مذکور را جستجو و طلب فضل و بخش و رضوان پروردگار دانسته است با آنکه آنها نسبت به خداوند کافرند و با وجود کفر هیچ عبادت و عملی مقبول واقع نمی‌شود. این حکم گرچه بعداً نسخ گردید اما مانعی از استدلال به آن در این باره وجود ندارد.^۱

از دیگر موارد اعمال لازم و الغای ملزوم، قول حضرت ابوبکر به یزید بن ابوسیفان است. حضرت ابوبکر در هنگام تشریح و توضیح احکام و آداب جنگ برای یزید گفته است: مردمانی خواهی دید که گمان می‌کنند خود را وقف عبادت پروردگار کردند پس متعرض آنان مشو و آنان را به گمان و پندارشان واگذار.^۲

حضرت ابوبکر در این گفتار خود، انسان راهب را با وجود اعتقاد قاطع درباره بطلان عبادتش و گمراه بودن دیانتش او را از قتل یا اسارت مصون ساخته است بدلیل آنکه آن راهب گمان می‌کند که خود را وقف عبادت پروردگار کرده و بنابراین بخاطر مراعات گمان و پندارش نه معتبر دانستن ادعا و اعتقادش نباید او را کشت حال آنکه اگر طبق اصل که همان بطلان دیانت و فاسد بودن عبادتش با او رفتار می‌شد می‌بایست او را به قتل رساند یا او را به اسارت گرفت اما با این حال، حکم لازم براساس گمان و پندارش علیرغم باقی ماندن اصل اعتقادی ما نسبت به او، اعمال گردیده است. البته بر هیچ کس پوشیده نیست که در این شیوه و عملکرد چه مقدار عدالت و ادب و ارج نهادن به ارزشهای

۱- الشاطبی، الاعتصام، ج ۲، ص ۱۰۳؛ الصابونی، مختصر تفسیر ابن کثیر، ج ۱، ص ۴۷۸

۲- الطحاوی، شرح معانی الآثار، ج ۳، ص ۲۲۵؛ الهندی، کنز العمال، ج ۴، ص ۴۷۲

مورد اعتبار اسلام وجود دارد همانگونه که آن بعنوان دلیلی بر اصالت عمل به مراعات خلاف از حیث اعتبار لازم با اهمال ملزوم که در محل حکم ضرورتاً ثابت است بشمار می‌آید.

در مذهب شافعیّه و مالکیه نیز بر همین اساس است که در ازدواج بدون ولی برخی از آثار شرعی مترتب ساخته‌اند با اینکه معتقدند که این ازدواج، باطل است زیرا از آن نهی شده و نهی هم مقتضی فساد و بطلان است. قرافی می‌گوید: «از نظر ما و شافعیه نهی بر فساد دلالت دارد اما از نظر حنفیه بر صحت. حنفیه این اصل خود را همواره اعمال کرده و گفته‌اند: اگر کسی کنیزی را با بیع فاسد بخرد جایز است که با آن کنیز همبستر شود و دیگر عقود فاسد نیز به همین گونه است. شافعیه هم اصول خود را اعمال کرده و گفته‌اند انتفاع مطلقاً حرام است حتی اگر هزار بار خرید کند نقض کردن تمام آنها واجب است اما ما بر خلاف اصل خود عمل کردیم و خلاف در مساله را مراعات کردیم»^۱

البته بر خلاف ادعای قرافی، شافعیه هم خلاف در مسائل اجتهادی و خلاف حنفیه در مساله نکاح بدون ولی را مراعات کرده‌اند و برخی از آثار شرعی نکاح از جمله مهر المثل و عدم اجرای حد را بر آن مترتب ساخته‌اند^۲ و شاید تنها فرق میان مالکیه و شافعیه در مقدار آثار شرعی است که بر عقود فاسد مترتب می‌گردد چه در نزد مالکیه بعنوان مثال در نکاح بدون ولی توارث صورت می‌گیرد اما از نظر شافعیه توارث ثابت نمی‌گردد.

شاطبی می‌گوید: «در مسائل مورد اتفاق تنها دلیل شان مراعات می‌گردد اما در مسائل اختلافی قول مخالف مراعات می‌شود حتی اگر بر خلاف دلیل راجح در نزد مجتهد مالکی باشد. مسائل اختلافی همانند مسائل مورد اتفاق در نظر گرفته نمی‌شوند و به همین دلیل گفته‌اند: در هر نکاح فاسد اختلافی اثر ثابت می‌گردد و فسخس نیازی به طلاق ندارد و اگر نماز گذار در رکوع به امام برسد

^۱ - القرافی، شرح تنقیح الفصول، ص ۷۲-۷۳

^۲ - الشربینی، مغنی المحتاج، ج ۳، ص ۱۴۸

و برای رکوع تکبیر گفته و تکبیر احرام را فراموش کرده باشد او به نمازش با امام ادامه دهد بخاطر مراعات خلاف رای که می‌گوید: تکبیر رکوع بجای تکبیر احرام کفایت می‌کند و این بر خلاف مسائل مورد اتفاق که درباره آنها فقط دلیل شان مورد ملاحظه و مراعات قرار می‌گیرد. این حکم درباره عقود و غیره جاری و صادق است. فقها معامله فاسدی که فسادش محل اختلاف است را همانند معامله ای که فاسد بودنش محل اتفاق است در نظر نمی‌گیرند^۱.

در حقیقت این شیوه و عملکرد در میان فقها بدون هیچگونه انکار و سرزنشی شایع و رایج بوده بگونه‌ای که می‌توان آن را اجماع بشمار آورد که لازمه آن هم، اجماع درباره مراعات خلاف است.

۳- سومین دلیل آیه قرانی (يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِتَّمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا) [حجرات/۱۲] است. ابن سبکی در تائید مشروعیت مراعات خلاف به این آیه قرانی استدلال کرده و گفته است: «بر هیچ کس پوشیده نیست که خداوند متعال به پرهیز از برخی مواردی که گناه نیست بخاطر بیم از واقع شدن در گناه دستور داده است. پس احتیاط در این حالت آن است که معدوم همانند موجود در نظر گرفته شود مانند منافع مورد عقد در اجاره که همچون موجود در نظر گرفته شده‌اند و موهوم را همانند امر محقق قرار دهیم مانند بیشتر احکام خنثای مشکل که همچون امر محقق در نظر گرفته می‌شود»^۲.

این سخن سبکی با آنچه درباره حدیث نخست یعنی «احتجبی منه یا سوده» گفته شد شباهت دارد. در اینجا شبه مورد مراعات قرار گرفته و سوده به رعایت پوشش و حجاب دستور داده شد و در اینجا واقع شدن در گناه به واسطه گمان و ظن بد مورد مراعات قرار گرفته و خداوند متعال بندگان را به پرهیز و خودداری از برخی گمان‌های بد دستور داده است با اینکه واقع شدن در آنها امر احتمالی

^۱ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۵۰

^۲ - السبکی، الاشباه و النظائر، ج ۱، ص ۱۱۰؛ السبکی، الایهاج، ج ۳، ص ۱۷۷؛ القادانی، الفوائد الجنبیه، ج ۲، ص ۱۷۱؛ ابن النجار، شرح الکوکب المنیر، ج ۴، ص ۳۳۵؛ الشوکانی، فتح القدیر، ج ۵، ص ۶۵؛ ابن عبد السلام، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۲

است. بنابراین آیه مذکور بر طلب احتیاط در امور شرعی دلالت دارد و از طلب احتیاط، استحباب خروج از خلاف استنباط می‌شود زیرا خروج از خلاف از جمله افراد احتیاط است. حقیقت آن است که دلایل بیانگر اصل مشروعیت احتیاط و عمل به یقین و برحذر ماندن از مواضع شبهه و شک، بسیار و بی شمار می‌باشد از جمله آیه قرانی: (يَتَّيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا خُذُوا حِذْرَكُمْ فَانْفِرُوا ثُبَاتٍ أَوْ اَنْفِرُوا جَمِيعًا) [نساء / ۷۱]، و حدیث نبوی: «آنچه تو را در شک و تردید می‌اندازد به آنچه که تو را در شک و تردید قرار نمی‌دهد واگذار»^۱ که تمام این دلایل به احتیاط تشویق و ترغیب می‌کنند؛ احتیاطی که یکی از مجوزهای مراعات خلاف است و در مباحث بعدی رابطه آن با مراعات خلاف بررسی شده است.

بند دوم: دلایل عقلی و اصولی مراعات خلاف

قائلان به مراعات خلاف علاوه بر استناد به دلایل نقلی به پاره ای از دلایل عقلی و اصولی از جمله نفی اختلاف، ترتیب اثر دادن بردلیل مرجوح، احتیاط و تیسیر، تعارض ادله، مقاصد شریعت، استحسان، مصلحت، براءت ذمه بطور یقینی استناد و استدلال کرده اند که توضیح و بررسی هر کدام از موارد مذکور به قرار زیر است.

مطلب اول: نفی اختلاف

نخستین دلیل عقلی و اصول نفی اختلاف است. به عبارت دیگر شارع قصد نفی اختلاف از شریعت و قرار دادن آن بر وفاق و عدم اختلاف داشته است و مجتهدین هم در اعمال مراعات خلاف موافق با مقاصد شارع عمل کرده‌اند و از این لحاظ همه مجتهدین اتفاق نظر دارند اما چونکه عقول و مدارک

^۱ - ابن حنبل، المستند، ج ۱، ص ۲۰۰؛ الدارمی، سنن الدارمی، ج ۲، ص ۲۴۵؛ البخاری، صحیح البخاری، ج ۳، ص ۴

متفاوت است اختلاف آنان با یکدیگر از اینجا نشأت گرفته است. شاطبی می‌گوید: «اختلاف در شریعت خواه در اصول و خواه در فروع بطور مطلق جای انکار و سرزنش دارد زیرا اگر قرار دادن یک فرع در شریعت به قصد اختلاف صحیح و جایز باشد وجود اختلاف در آن به طور مطلق صحیح خواهد بود که البته بطلان آن معلوم و روشن است و نتیجه ای که بدان منجر می‌گردد همین حکم را دارد».

بنابر این شریعت بر پایه وحدت و عدم اختلاف استوار است و خداوند متعال آن را چنین خواسته است زیرا شریعت از سوی خداوند است و آنچه که از جهت خداوند باشد البته که در آن هیچ اختلافی نیست خداوند می‌فرماید: (أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْآنَ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا) [نساء/۸۲]. بر این اساس مراعات خلاف در حقیقت بر وفق قصد شارع در وضع شریعت با اصل نفی اختلاف، مطابقت و همخوانی دارد زیرا مراعات خلاف رافع خلاف است و به وفاق و یکپارچگی و انسجام می‌انجامد یا از دامنه خلاف می‌کاهد و دایره آن را تنگ می‌سازد و مقصود شارع از وضع شریعت را عملی می‌سازد و مکلفین را به مقصود و خواسته‌شان می‌رساند چرا که مقصود و مراد همه فقها یکی است و آن موافقت با قصد شارع است.

مطلب دوم: ترتیب اثر دادن بر دلیل مرجوح

زرکشی می‌گوید: «آیا مرجوح شرعاً معدوم است یا آنکه بدان ترتیب اثر داده می‌شود؟ از کلام فقها و عالمان چنین بر می‌آید که در این باره اختلاف کرده‌اند. سخنان امام الحرمین جوینی مقتضی رای نخست و سخنان دیگر فقها مقتضی رای دوم است. آبیاری ادعا کرده که قول مشهور همین رای دوم است و گفته است: اگر مرجوح همچون عدم است ظن به راجح ضعیف نمی‌گردید و به همین دلیل

است که انسان نسبت به ظن خود درباره راجح، ثابت نمی‌ماند بلکه او به راجح، ظن دارد بدلیل آنکه با قویتر از ظن در تعارض نمی‌باشد.^۱

این گفتار خود شاهد دیگری بر صحت مراعات خلاف است همانگونه که منشا و خاستگاه حقیقی مراعات خلاف را نیز بیان می‌سازد. بر این اساس، مراعات خلاف همان مترتب کردن برخی از آثار بر رای مرجوح و عمل کردن به مقتضای آن و باطل بشمار نیاموردن آن است و ایاری هم که این رای را مشهور دانسته، فحوای گفتارش بر این دلالت دارد که نمی‌توان مرجوح را همچون معدوم در نظر گرفت زیرا اگر حکم عدم بدان داده شود لازم می‌آید که نسبت به رای راجح، حکم یقینی داده شود حال آنکه چنین نیست و از آنجائی که راجح برحسب قوت ظن، راجح می‌گردد مرجوح هم از جهت ضعیف بودن ظن، مرجوح گردیده است زیرا آن در مقابل راجح قرار دارد و این ظن گرچه اثر ضعیف دارد اما ممکن است مورد اعتبار واقع گردد و بدان ترتیب اثر داده شود اگر مقترن به مجوزی از مجوزهای مراعات خلاف باشد. دیگر آنکه راجح در ظن مجتهد، راجح باقی می‌ماند اگر با دلیل قویتر متعارض نگردد اما اگر در تعارض با دلیل قویتر قرار بگیرد آن راجح، مرجوح می‌گردد.

مطلب سوّم: احتیاط و تیسیر و تساهل

سومین دلیل مشروعیت مراعات خلاف احتیاط و تیسیر و آسانگیری است. در حقیقت احتیاط با تیسیر و تساهل دو مجوز مراعات خلاف هستند و مراعات خلاف جز با یکی از آندو انجام نمی‌گیرد و بدون هر دو هم وجود ندارد. از سویی دیگر نیک روشن است که احتیاط یک مطلوب شرعی و مورد اتفاق همگان است همانگونه که تیسیر و تساهل نیز به اتفاق همگان جز و مقاصد شارع می‌باشد.

^۱ - الزرکشی، البحر المحیط، ج ۶، ص ۱۳۱.

بنابراین می‌توان چنین گفت که شارع قصد مراعات خلاف را داشته و آن را معتبر دانسته است و بر این اساس عمل کردن به مراعات خلاف، نوآوری در شریعت نیست بلکه آن یکی از اصول معتبر شریعت است که هرگاه مقتضیات آن روشن و فراهم گردد باید بدان رجوع کرد.

برای اینکه رابطه میان قاعده مراعات خلاف با احتیاط بطور صحیح روشن گردد لازم است که در ابتدا احتیاط تعریف و ماهیت آن روشن گردد که به همین منظور، اول احتیاط تعریف خواهد شد و سپس رابطه آن با مراعات خلاف مشخص خواهد گردید.

احتیاط در لغت بمعنای طلب سلامت و عمل کردن به امر مطمئن‌تر است. اما در اصطلاح عمل کردن به اکثر ما قیل یا به اقل ما قیل است^۱ یا در نظر گرفتن معدوم همچون موجود است و آنچه که براساس یک قول ملاحظه می‌شود بر تمام اقوال یا بر بیشتر آنها مورد ملاحظه و توجه قرار بگیرد.^۲

مؤلف تیسیرالتحریر می‌گوید: «احتیاط عمل کردن به دلیل قویتر است و عمل کردن به دلیل قویتر فرع تنازع دو دلیل است بدین گونه که یک دلیل مقتضی حکمی است که دلیل دیگر نقیض آن حکم را اقتضا می‌کند.

ابن حزم می‌گوید: «احتیاط همان ورع است و ورع پرهیز از چیزهایی است که انسان گمان می‌کند جایز نیست با اینکه تحریم آن اشیاء از نظر او ثابت نشده است یا پرهیز از آنچه که از نظر محتاط زیان‌آورتر است».^۳ احتیاط واجب نیست بلکه آن امری نیک و مندوب است.^۴

^۱ - الرازی، المحصول، ج ۶، ص ۱۶۰

^۲ - السبکی، الانشباء و النظائر، ج ۱، ص ۱۱۰

^۳ - امیربادشاه، تیسیرالتحریر، ج ۲، ص ۱۱۶

^۴ - ابن حزم، الاحکام، ج ۱، ص ۷۰

^۵ - المجددی، قواعد الفقه، ص ۱۵

بنابراین می توان چنین گفت که احتیاط پرهیز از شبهه است و از جمله انواع شبهه ها اختلاف علما است و بدین ترتیب مراعات خلاف و خروج از آن همان احتیاط است. شوکانی می گوید: «اگر عالمان دین درباره یک شی اختلاف کنند و عالمی بگوید آن حلال است و فقیه دیگری بگوید آن حرام است و هر کدام از آن دو فقیه از نظر مقلد در یک رتبه علمی باشند در این حالت، شک و تردیدی وجود ندارد که درباره آن شی محل اختلاف نباید گفت که آن حلال آشکار یا حرام آشکار است و هر چیزی که حلال آشکار یا حرام آشکار نباشد بدون شک در زمره ی شبهات جای دارد».^۱

فقها همچنین این قاعده را احتیاط نامیده اند همانگونه که زرکشی این تسمیه را بکار برده است زیرا قاعده مراعات خلاف و خروج از آن به احتیاط بر می گردد. او می گوید: «شافعی و یارانش خلاف مخالفان را در بسیاری از مسائل مراعات کرده اند که این شیوه با این رأی که مدعی اصابت به حق، قطع و جزم به خطای مخالف ندارد همخوان است زیرا مجتهد اگر خلاف غالب در ظن خود را جایز بداند و دلیل مخالف را موجه و معتبر بیابد آن را به گونه ای مراعات می کند که به رأی غالب در ظن خود خللی وارد نسازد که بیشتر این موارد از باب احتیاط و ورع است و خود بیانگر دقت نظر و عمل کردن به یقین است».

بنابراین باید گفت که عمل به قاعده مراعات خلاف احتیاط صرف و یکی از انواع آن است همانگونه که ابن سبکی نیز آن را احتیاط صرف دانسته است.^۲ و رابطه میان مراعات خلاف و احتیاط از نظر قائلان به مراعات خلاف یک امر حتمی و موکد است و در این باره هیچ اختلافی نیست.

۱- بلکا، الاحتیاط، ص ۲۶۸

۲- الزرکشی، البحر المحیط، ج ۶، ص ۲۶۵؛ ابن عبد السلام، قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۳۷۰

۳- ابن السبکی، الاشباه و النظائر، ج ۱، ص ۱۱۱

حقیقت دیگری که باید مورد ملاحظه قرار داد تا براساس آن رابطه میان مراعات خلاف و احتیاط به خوبی روشن گردد این است که مراعات خلاف به طور کلی دو قسم است :

۱- مراعات خلاف قبل از وقوع مساله که در این حالت، حکم، انشاء می‌گردد و از شرایط و احوال وقوع حادثه متأثر نمی‌گردد.

۲- مراعات خلاف پس از وقوع حادثه که در این حالت، حکم اول به حکم دیگری تغییر می‌کند و در همین حکم دوم است که وضعیت و شرایط بوجود آمده مورد ملاحظه قرار می‌گیرد. با توجه به این حقیقت، قسم اول مراعات خلاف در بیشتر حالات به احتیاط برمی‌گردد اما قسم دوم در اغلب اوقات به استحسان برمی‌گردد همانگونه که شاطبی از جمله انواع استحسان را مراعات خلاف علما دانسته است.^۱

خلاصه سخن این است که احتیاط هنگامی است که اشتباه و تعارض ادله وجود داشته باشد و موازنه میان آنها برقرار گردد و مجتهد سپس فتوا یا حکم دهد که از باب احتیاط چنین انجام شود که در این حالت، انشای حکم وجود دارد اما پس از وقوع حادثه، فقیه در برابر یک امر واقع قرار می‌گیرد و هیچ اختیاری ندارد بلکه او در برابر یک وضعیت جدیدی قرار گرفته که مکلف فعل خود را بر خلاف مذهب آن فقیه انجام داده است و در اینجاست که فقیه از مذهب خود به مذهب دیگری عدول می‌کند تا آن فعل را براساس آن تصحیح کند که این عدول یک استحسان صرف است زیرا آن مانع اطراد قیاس که اصل است می‌باشد و عدول هم استثنا در حکم است همانگونه که استحسان استثنای از قواعد نامیده می‌شود.

تیسیر و رفع حرج:

^۱ - الشاطبی، الاعتصام، ج ۳، ص ۱۰۱

تیسیر در لغت ضد عسر و دشواری است. خداوند می‌فرماید: (إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا) [شرح/۶]. در این آیه عسر و «یسر» در مقابل یکدیگر استعمال داشته‌اند و بر این اساس یسر به معنای آسانی و سادگی و بی‌تکلفی است.^۱

رفع در لغت ضد وضع است و آن نقیض کاهش در هر چیزی است و گاهی هم بمعنای منع استعمال شده است.^۲ اما حرج بر چند معنا اطلاق شده است که تمام آن معانی از دایره مفهوم سختی و مشقت خارج نیست. گاهی مراد از حرج، گناه است مانند آیه (لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ...) [نور/۶۱] و گاهی در معنای شک استعمال شده است مانند: (كِتَبْنَا أَنْزِلَ إِلَيْكَ فَلَا يَكُنْ فِي صَدْرِكَ حَرَجٌ مِنْهُ لِتُنذِرَ بِهِ وَذِكْرَى لِلْمُؤْمِنِينَ) [اعراف/۲] یعنی در دلت نسبت به قرآن، شک و تردید نباشد. گاهی هم بر ضد معنایش استعمال میشود مانند: «تَحَرَّجَ فُلَانٌ» یعنی عملی انجام داد که بوسیله آن از حرج و سختی دور گردید.^۳

اما حرج در اصطلاح: هر چیزی است که به مشقتی زائد در بدن یا جان یا مال در حال یا آینده بینجامد. با توجه به این تعریف با قید مشقت زائد، مشقت عادی و معمولی غیر زاید خارج از تعریف می‌گردد و جزو حرج بشمار نمی‌آید و مقصود از بدن، آن دردها یا بیماری‌های حسی و جسمی است و مقصود از جان، بیماریها و دردهای نفسانی و روانی است. اما مقصود از مال هر چیزی است که به اتلاف یا ضایع کردن یا غبن فاحش بینجامد. به عبارتی دیگر، اگر عمل بخاطر مشقت مقرر به فعل یا یکبار به حرج بینجامد آن حرج در حال است اما اگر حرج در اثر مداومت و استمرار باشد آن حرج در مآل است.

^۱ - الفراهیدی، العین، ج ۱، ص ۳۲۶؛ ج ۷، ص ۲۹۵؛ الجوهری، الصحاح، ج ۲، ص ۸۵۷

^۲ - الجوهری، الصحاح، ج ۳، ص ۱۲۲۱؛ العسکری؛ الفروق اللغویه، ص ۷۴

^۳ - الفراهیدی، العین، ج ۸، ص ۲۵۰؛ ج ۳، ص ۷۶؛ قلمه جی، معجم لفة الفقهاء، ص ۱۷۸

بنابراین مقصود از رفع حرج عدم وجود آن در شریعت است و از اساس مقصود شارع نبوده است و بدین ترتیب مکلف اگر توقّع حرج داشته باشد آن را دفع می‌کند و اگر حرج واقع گردد آن را رفع میکند که با انتفای حرج، تیسیر و تساهل حاصل می‌گردد زیرا شریعت بر پایه تساهل و تیسیر استوار است و خداوند بواسطه همین تیسیر و تساهل است که دل بندگان را از نفرت و بیزاری جستن از تکلیف نگه داشته است. خداوند می‌فرماید: (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ) [بقره/۱۸۵] که مقصود از «یسر» در این آیه، عملی است که بر جان گران نیاید و بریدن سنگینی نکند و در آن مشقتی زائد وجود نداشته باشد. «یسر» در این آیه در مقابل «عسر» قرار گرفته است زیرا عسر، به معنای در سختی انداختن جان و جسم در ضرر و زیان و مشقت زائد است و بنابراین آیه مذکور صلاحیت احتجاج بدان در نفی حرج و مشقت را در مسائل اجتهادی دارد.^۱

همچنین خداوند متعال می‌فرماید: (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ...) [بقره/۲۸۶] مقصود از وسع آن است که در طاقت و توان و استطاعت انسان باشد و عمل در توان، آن فعلی است که مردم بدون مشقت زائد بدان عادت کرده‌اند که این خود بیانگر عدم وقوع تکلیف به فراتر از طاقت و توان است زیرا خداوند متعال تکلیف را بخاطر عمل و استقامت و استواری احوال بندگان تشریع نموده است و بر این اساس آنان را به اعمال خارج از طاقت و توان، مکلف نساخته است. این آیه در حقیقت بر اصل عظیم در دین و رکن بزرگی از ارکان شریعت که همان یسر و آسانی است دلالت دارد.

علاوه بر آیات مذکور، آیات دیگری نیز وجود دارند که بر نفی حرج و سختی و مشقت دلالت می‌کنند از جمله (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ...) [حج/۷۸]، (مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ

^۱ - البصاص، احکام القرآن، ج ۱، ص ۶۵۴

عَلَيْكُمْ مِّنْ حَرْجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ

تَشْكُرُونَ [مائده/۶]. در سنت نبوی نیز احادیث بیشماری درباره تیسیر و تساهل و تسامح شریعت وارد شده است از جمله روایت حضرت عایشه از پیامبر (ﷺ) که فرموده است: «خداوند مرا سخت گیر و متکلف قرار نداده بلکه مرا بعنوان معلم و آسانگیر فرستاده است»^۱.

این حدیث بیانگر این است که خداوند متعال پیامبر (ﷺ) را بمنظور سخت گیری بر مردم نفرستاده است بلکه او را در جهت آموزش مسلمانان و به منظور تیسیر و آسانگیری در امور و شئون آنان و هدایت کردن آنان بسوی حق و کمک کردن به آنان در جهت تبعیت و پیروی از حق و دور نگه داشتن آنان از سختی و مشقت و پیروی از هوای نفس مبعوث کرده است.

حدیث دیگری که درباره نفی حرج روایت شده حدیث ابن عمر است. او می گوید: «پیامبر (ﷺ) در آخرین حج خود بر «منی» ایستاد و مردم به طرح سئوالات خود از پیامبر (ﷺ) پرداختند که در این اثنا مردی آمد و گفت: ای رسول خدا، ندانسته سرم را قبل از قربانی کردن تراشیدم. پیامبر (ﷺ) در جواب گفت: قربانی کن و در این کاری که کرده ای عیب و حرجی نیست. مرد دیگری هم آمد و گفت: ای پیامبر خدا، ندانسته قبل از رمی جمار- سنگ زدن به شیطان- قربانی کردم. پیامبر (ﷺ) گفت: سنگ بینداز و درکاری که کردی عیب و حرجی نیست. ابن عمر می گوید: هر سئوالی که از پیامبر (ﷺ) درباره تقدیم و تاخیر افعال و مناسک حج شد پیامبر (ﷺ) در جواب آن می گفت: آن فعل را انجام دهید و در آن هیچ عیب و حرجی نیست»^۲.

بدون آنکه متعرض فواید فقهی قابل استنباط از این حدیث شویم آنچه در اینجا اهمیت دارد این است که پیامبر (ﷺ) یسر و آسانی و تسامح اسلام را در با شکوه ترین مظاهر آن از خلال نفی حرج از

۱- مسلم، صحیح مسلم، ج ۴، ص ۱۸۸؛ العیار کفوری، تحفه الاحوذی، ج ۹، ص ۱۶۲؛ ابن حنبل، المستند، ج ۳، ص ۲۲۸

۲- الشافعی؛ المستند، ص ۲۱۷؛ ابن حنبل، المستند، ج ۱، ص ۷۶؛ الدارمی، سنن الدارمی، ج ۲، ص ۶۴؛ البخاری، صحیح البخاری،

تمام کسانی که ترتیب شعائر حج در روز قربانی را مراعات نکرده‌اند مشخص و روشن ساخته است بدون آنکه به سببی که موجب عدم رعایت ترتیب شده است اندک التفاتی کرده باشد. این حدیث گرچه درباره مساله خاصی وارد شده است اما نفی حرج توسط پیامبر (ﷺ) مُشعر عموم است و گفته آن حضرت در آخر حدیث یعنی «افعل و لا حرج» بیانگر عموم آن است و بر این اساس، خصوص سبب مانع نفی حرج از تمام دین و ثبوت قطعی تساهل و تسامح و آسانی نمی‌گردد.

افزون بر این دو حدیث، احادیث بسیار دیگری نیز در این باره روایت شده‌اند که بمنظور جلوگیری از اطاله سخن از آن صرف نظر شده است اما با توجه به آیات قرانی و احادیث نبوی درباره نفی حرج آنچه می‌توان گفت این است که تیسیر و آسان‌گیری جزو مسلمات دین اسلام است و حرج و مشقت در شریعت وجود ندارد و هر فرضی که خداوند انسان را بدان مکلف کرده اگر بتواند آن را انجام دهد انجامش بر او لازم می‌گردد و اگر از انجام تمام آن عاجز و ناتوان باشد آن در حق او ساقط می‌گردد و اگر نسبت به برخی از آن قادر باشد و نسبت به بخشی دیگر عاجز و ناتوان باشد آن بخشی که نسبت به آن عاجز است در حق او ساقط می‌گردد اما آن بخشی که نسبت بدان قادر و توانا است در حق او لازم می‌باشد خواه آن بخش کمتر یا بیشتر باشد. دلیل این مساله همان قول خداوند متعال است که می‌فرماید: (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) [بقره/۲۸۶] و بر این اساس،

مکلف اگر بر خلاف تساهل و تیسیر عمل کند خودش را در تکلیفاتی قرار می‌دهد که حصول نجات و سلامت و خلوص نیت در آنها دشوار خواهد گردید و اگر سخت‌گیری و تشدید بر نفس جزو مقاصد شرع نیست اعمال سخت‌گیری و تشدید توسط مکلف در تضاد با قصد شارع درباره تخفیف خواهد بود و روشن است که اگر قصد مکلف مخالف قصد شارع باشد عملش باطل و غیر صحیح خواهد بود زیرا از جمله مقاصد شارع در وضع شریعت، رفق و تیسیر است که این خود در حقیقت، نهایت احسان و بخشش از سوی خداوند به بندگان است.

رابطه مراعات با تیسیر و رفع حرج:

رابطه مراعات خلاف با تیسیر و رفع حرج بدینگونه است که اگر عبادتی یا عقدی برخلاف رأی مجتهدی واقع شود تا جایی که امکان دارد و أدله شرعی تجویز می کند نباید آن عبادت یا عقد را باطل اعلام کرد بلکه باید آن را براساس رأی مخالف تصحیح و برخی از آثار شرعی را برآن مترتب کرد زیرا باطل بشمار آوردن افعال و اعمال مکلفین بمنزله قراردادن آنها در حرج و سختی است؛ آن حرج و مشقتی که شارع آن را در شریعت قرار نداده است. دیگر آنکه در مسائل اجتهادی هیچ رأیی از حیث اجتهاد بر دیگری برتر نیست و احتمال صواب و خطا در هر دو رأی وجود دارد و بنابراین تصحیح اعمال و افعال مکلفین و مترتب ساختن تمام آثار یا برخی از آثار برآن با تیسیر و آسانی و تساهل و تسامح شریعت همخوانی بیشتری دارد. افزون برآن، فقها خود براساس مراعات خلاف و اعتبار قائل شدن به رأی مخالف مفهوم تیسیر و تساهل و تسامح را در برخی قواعد فقهی آشکار ساخته اند که از جمله این قواعد قاعده «الحدودُ تدراً بالشبهات»^۱ است که شرح و توضیح آن و بیان رابطه آن با مراعات خلاف و تیسیر و تساهل به قرار زیر است.

حد در لغت بمعنای منع است^۲ و در، بمعنای دفع است^۳ و شبهه از «شبه» بمعنای التباس و ابهام و پیچیدگی گرفته شده است. امور مشتبه و مشبه یعنی امور مشکل که به یکدیگر شباهت دارند.^۴ زرکشی می گوید: «شبهه آن چیزی است که حلال و حرام بودنش بطور حقیقی مجهول است.

۱- السیوطی، الأشباه والنظائر، ج ۱، ص ۲۷۱؛ الزحلی، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۷۰۶.

۲- الجوهری، الصحاح، ج ۲، ص ۴۶۲.

۳- الفراهیدی، العین، ج ۸، ص ۶۰.

۴- ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۳، ص ۵۰۳ - ۵۰۴.

۵- زرکشی، المنتور فی القواعد، ج ۲، ص ۲۲۸.

اصل در قاعده مذکور حدیث حضرت عایشه از پیامبر (ﷺ) که فرموده است: ^۱ «حدود را از مسلمانان تا جایی که می توانید دفع کنید و اگر شخص مستوجب حد راه گریزی داشته باشد او را رها کنید چه ، امام اگر در عفو خطا کند بهتر از این است که در مجازات خطا کند».

شبهه سه گونه است: ^۲ شبهه در فاعل، شبهه در محل و شبهه طریق. شبهه طریق که با بحث مراعات خلاف ارتباط تام دارد این است که یک شی از نظر برخی فقها حلال اما از نظر برخی دیگر حرام باشد مانند نکاح متعه، نکاح بدون ولی یا بدون شهود. فقها با استناد به همین حدیث درباره درء حدود بوسیله شبهه اجماع کرده اند. بعنوان مثال ، اگر کسی بدون شهود ازدواج کند و در این ازدواج با زن همبستر شده باشد بخاطر شبهه دلیل حد بر او جاری نمی گردد حتی اگر چنین ازدواجی از کسی صادر شده باشد که شهود در نکاح را لازم و شرط صحت می داند. ^۳ این حکم یعنی عدم اجرای حد در حقیقت از باب عمل کردن به مذهب کسی است که شهود را جزو شرط صحت یا شرط کمال عقد نکاح نمی داند و مبنای این حکم در حقیقت همان درء حدود بوسیله شبهه است که آن خود از باب تیسیر و تساهل است. آن تیسیر و تساهل و تسامحی که مجوز عمل به قول مذکور در تطبیق مراعات خلاف است.

مطلب چهارم: تعارض ادله

گاهی اصول یا دلایل و قواعد در نظر مجتهد متعارض می گردد و این تعارض همچنان ادامه پیدا می کند تا آنکه به شبهه تبدیل گردد. غزالی می گوید: دلایل شرع متعارض می گردد مانند تعارض دو عام در قرآن یا سنت یا تعارض دو قیاس یا تعارض قیاس و عموم که تمام این موارد موجب شک است. ^۴

^۱ - المبارکفوری ، تحفة الأحوذی ، ج ۴ ، ص ۵۷۳ .

^۲ - السیوطی ، الاشیاء والنظائر ، ج ۱ ، ص ۲۷۳ ؛ ابن نجیم ، الاشیاء والنظائر ، ص ۱۴۳ ؛ ابن عبدالسلام ، قواعد الاحکام ، ج ۲ ، ص ۲۷۹ .

^۳ - الشربینی ، مغنی المحتاج ، ج ۳ ، ص ۱۴۷ .

^۴ - الغزالی ، احیاء علوم الدین ، ج ۲ ، ص ۱۱۵ .

ابن عبدالسلام می گوید: چیزهایی که درباره وصف ذاتی اشان اتفاق نظر است اما در سبب خارج از آنها اختلاف هست یا اینکه درباره سبب خارج از آنها اتفاق نظر وجود دارد اما درباره وصف ذاتی آن ، اختلاف است باید مأخذ تحلیل و تحریم آنها با لحاظ قراردادن صفت ذاتی و سبب خارج از آنها مورد بررسی واقع شوند که اگر ادله آنها نزدیک به هم باشد آن جزو متشابهات و پرهیز از آن در زمره ترک شبهه ها بشمار می آید زیرا آنها از جهت دلیل تحریم شبیه حرام و از جهت دلیل تحلیل شبیه حلال می باشند و هرکس اینگونه مسائل را ترک نماید دین و نفس خویش را پاک نگه داشته است.^۱ دهلوی هم می گوید: «... گاهی ممکن است در یک مسأله دو وجه متعارض گردد: وجه اباحه و وجه تحریم که این تعارض یا به اصل مأخذ مسأله مانند دو حدیث متعارض یا دو قیاس یا به تطبیق صورت حادثه با دو حکم اباحه و تحریم که در شریعت مقرر گردیده است برمی گردد و در این حالت رابطه بین انسان و پروردگار جز با ترک چنین مواردی و عمل کردن به موارد خالی از شبهه، خالص و پاک نمی گردد...»^۲

بنابراین می توان چنین گفت که هیچ فقیهی یا مجتهدی وجود شبهه مذکور یا وقوع آن برای مجتهدین در هنگام تعارض اصول را مورد انکار و نفی قرار نداده است و اساساً اختلاف پیرامون آن جایز و روا نمی باشد زیرا این نوع شبهه مقصود اصلی حدیث پیامبر (ﷺ) است آنجا که می فرماید:^۳ « حلال روشن و آشکار است و حرام آشکار و روشن است و در این میان امور شبهه دار وجود دارد که بسیاری از مردم آن را نمی دانند . پس هرکس از آن مورد شبهه دار پرهیز کند او به تحقیق دین و نفس خویش را پاک نگه داشته است و هرکس در دام امور شبهه دار واقع شود در حرام افتاده است

۱- ابن عبدالسلام، قواعد الأحكام، ج ۲، ص ۱۹۱.

۲- دهلوی، حجة الله البالغة، ج ۲، ص ۱۸۴.

۳- البخاری، صحیح البخاری، ج ۱، ص ۱۹؛ مسلم، صحیح مسلم، ج ۵، ص ۵۰؛ ابن حنبل، المسند، ج ۴، ص ۲۶۷؛ الدارمی، سنن الدارمی، ج ۲، ص ۲۴۵؛ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۱۳۱۸؛ السیوطی، الدیاج، ج ۴، ص ۱۸۹.

مانند چوپانی که پیرامون قرقگاه گوسفندانش را می چراند و بیم وارد شدن گوسفندانش به قرقگاه وجود دارد. آگاه باشید که هر پادشاهی قرقگاه دارد و قرقگاه خداوند در زمین محرمات هستند.

پس باید گفت که تعارض ادله سبب اصلی اختلاف فقها است و برای آگاهان به شریعت این حقیقت روشن است که اختلاف فقها بطور غالب به اسباب علمی برمی گردد زیرا اگر اختلافات لفظی و شاذ و مردود و همچنین اختلافات ناشی از عدم اطلاع مخالف از سنت و اجماع نادیده گرفته شود اختلافات باقیمانده که بیشتر فقه را تشکیل می دهد از صحت و اعتبار برخوردار می باشد و به همین دلیل است که شاطبی می گوید: « بیشتر مسائل فقه دارای اختلاف معتبر است ».^۱ مأخذ و دلایل این اختلافات فقهی اگر به دقت مورد بررسی واقع شوند این حقیقت روشن می گردد که آن به تعارض ادله بر می گردد بدین معنا که هر فقهی برای تقریر مذهب خود به دلیل شرعی معتبر استناد می کند با آنکه شریعت در هر مسأله فقط یک قول دارد زیرا در شریعت هیچ اختلافی نیست و عالمان دین به همین دلیل است که از همان آغاز پیدایش فقه به رفع این تعارض ظاهری میان ادله بواسطه جمع میان آنها یا ترجیح یا اثبات نسخ نسبت به برخی ادله پرداخته اند و بسیاری از بزرگان فقه و فقاها به نوشتن پیرامون اسباب خلاف فقهی اقدام کرده اند که هدف همه این تألیفات بیان کیفیت تأثیر خلاف اصولی در خلاف فرعی است. به عبارتی دیگر هدف این نوشته ها تبیین اسباب اختلاف در مسائل جزئی از خلال ربط دادن فروع به اصول و دلایل متعارض است و هر خواننده ای با مطالعه این کتابها آثاری را که اختلاف در اصول و قواعد و علت ها و قیاس ها بجا گذاشته است بطور محسوس و آشکار در می یابد.

بنابراین می توان چنین گفت که تعارض ادله شرع شبهه است و اختلاف فقها به تعارض ادله بر می گردد که اگر این دو مسأله را در قالب منطقی قرار بدهیم این نتیجه منطقی بدست می آید که

^۱ - الونشریسی، المعیارالمعرب، ج ۶، ص ۳۶۸.

اختلاف فقها شبهه است که این نتیجه رأی و نظر بسیاری از فقها و عالمان است که در اینجا به ذکر برخی از این آراء و اقوال اکتفا می گردد.

غزالی می گوید: « مستفتی حق انتخاب آسان ترین مذهب از میان مذهب را ندارد بلکه بر او لازم است که به تحقیق و بررسی بپردازد تا آنگاه که به ظن غالب به این نتیجه برسد که فلان مذهب برتر است و از آن پس از آن پیروی کند و هرگز با آن مخالفت نکند. آری، اگر امام آن مستفتی راجع به یک چیز فتوایی داده و مجتهد دیگری فتوایی دیگر داده باشد در این حالت فرار از خلاف بسوی اتحاد و اجماع جزو ورع مؤکد بشمار می آید. مجتهد هم در هنگام تعارض ادله و ترجیح جانب حلیت بواسطه حدس و گمان و ظن همین حکم را دارد و ورع در حق او پرهیز از آن شی است زیرا اهل فتوا به حلیت اشیائی فتوا می داده اند که خود هرگز بدان اقدام نمی کرده اند و آن هم بخاطر پرهیز از شبهه ۱۰۰۰».

ابن عبدالسلام می گوید: « برخی از فقها بطور مطلق گفته اند که اختلاف علما شبهه است»^۲ ابن رجب و زرکشی هم بدین رأی گرویده اند.^۳

امام نووی می گوید: «از جمله ورع پسندیده ترک گفتن مواردی که فقها درباره مباح بودنش اختلاف کرده اند و این هنگامی است که شخص به مذهب قایل به مباح بودن آن شیء اعتقاد داشته باشد که از نمونه های آن شکار و قربانی که نام خداوند بر آن ذکر نشده است. این شکار از نظر شافعی حلال است اما از نظر اکثریت حرام است که ورع در حق معتقد به مذهب شافعی پرهیز از خوردن چنین قربانی است»^۴.

۱- الغزالی، احیاء علوم الدین، ج ۲، ص ۱۱۵؛ العینی، عمدة القاری، ج ۱، ص ۳۰۰.

۲- ابن عبدالسلام، قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۱۹۱.

۳- ابن رجب، جامع العلوم والحکم، ص ۷۷؛ الزرکشی، المنثور فی القواعد، ج ۲، ص ۲۲۹.

۴- النووی، المجموع، ج ۹، ص ۴۱۹.

مطلب پنجم: مقاصد شریعت

نظر و تأمل در مقاصد شریعت از نگاه اصولی خواستگاه اصلی پیدایش مراعات خلاف است زیرا مجتهد بدین علت عمل کردن براساس قاعده مذکور را صحیح می داند که دلیل و مأخذ او از لحاظ اعتبار قوی و رجحانش ظاهر بوده است و او در عمل کردن به مراعات خلاف دلیل خود را به کناری نهاده و به محض هوای نفس عمل نکرده است زیرا اصل مراعات خلاف از مردود بودن میان حق و باطل خارج است و به دلایل شرعی که از جهت نقلی یا استنباط ثابت است بر می گردد. دیگر آنکه هیچ شک و تردیدی در این حقیقت وجود ندارد که دایره استنباط، بسیار گسترده و از مجال و زمینه وسیعی بمنظور ترجیح برخوردار می باشد و در مأخذ و دلایل استنباط، شباهت های دقیق و ظریفی وجود دارد که مسائل و جزئیات بدان برمی گردد و براین اساس از مقتضای نظر صحیح و حکیمانه این نیست که هر مسأله را فقط به یک جهت ارجاع داد و بس، زیرا جزم و یقین داشتن به چنین رویکردی در الحاقات فقهی نه با اصول استنباط و نه با تفاوت و اختلاف فهم و ادراکات بشری همخوانی و سازگاری دارد. مسائل و جزئیات فقهی که محل تنازع چند اصل می باشند فراوان اند که در برخی از این مسائل شک و تردید به ترجیح یکی از آن اصول بدلیل اختلاف جهت ها از لحاظ قوت و ضعف، برمی گردد و در برخی دیگر، مذاک و دلایل مختلف، موجب تقویت و ترجیح یکی از اصول می شود بگونه ای که در تجویز یا منع فعل، کفایت می کند. البته این موارد غالباً در مورد مدارک و دلایلی صادق است که میان آنها تناقض وجود ندارد که قاعده مراعات خلاف و خروج از آن از این قبیل است البته نه از این حیث که قاعده مراعات خلاف حجت و دلیل است بلکه از این حیث که آن بر وفق مقاصد و مقتضای قواعد شریعت و اصول استنباط است.

مطلب ششم: استحسان

استحسان در لغت همان اعتقاد داشتن به نیک بودن چیزی است اما در اصطلاح همانگونه که قبلاً گفته شد: عبارت است از عمل کردن به مصلحت جزئی در برابر یک دلیل کلی. این تعریف شاطبی

است^۱ که به ثمره و نتیجه استحسان التفات دارد. برخی گفته اند: استحسان دلیلی است که در نفس مجتهد نقش می بندد و از تعبیر کردن آن عاجز و ناتوان می ماند.^۲ البته فساد و بطلان این تعریف نیازی به استدلال ندارد زیرا برای مجتهد جایز نیست که عقل خویش را در تحسین یا تقبیح یک شیء بکارگیرد و هرچیزی که چنین حالتی دارد بدلیل ابهام و پوشیدگی نمی توان آن را بعنوان دلیل در نظر گرفت.

بهترین تعریف درباره استحسان آن است که گفته شود: استحسان عبارت است از عدول ازحکم یک مسأله به خلاف حکم مسائل همانندش بخاطر موجب.^۳

رابطه مراعات خلاف با استحسان:

وجه استناد مراعات خلاف به اصل استحسان بدین شیوه است که براساس مقتضای قیاس، مجتهد باید بر وفق دلیلش عمل کند و به مقتضای اجتهادش که از طریق ظن غالب بدان رسیده است عمل کند و قول و دلیل خود را بخاطر قول و دلیل مجتهد دیگری نباید ترک کند. اصل و مقتضای قیاس همین است جزاینکه او ممکن است از این اصل عدول کند و ازعمل کردن به مقتضای قول و دلیل خود از یک وجه خودداری کند و به دلیل مجتهد مخالف که البته از نظرش مرجوح است عمل نماید.

موجب این عدول و خودداری از عمل کردن مجتهد به مقتضای دلیل و اجتهاد خاص خود از یک وجه همان راجح بودن دلیل مخالف بردلیل آن مجتهد درلازم مدلول دلیل مخالف است که این رجحان درحقیقت مستلزم احتیاط و عمل کردن به یقین است. البته مجتهد دراین عملکرد، اعتقاد خود نسبت به قول و دلیلی که بدان باور داشته بطورکلی ترک نکرده است بلکه او بر وفق دلیل مخالف در جهتی که رأی آن مخالف نسبت به آن راجح است عمل کرده یا آنکه از میان دو امر با

^۱ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۲۰۶.

^۲ - الشوکانی، ارشادالفعول، ص ۶۲۷.

^۳ - الآمدی، الأحکام، ج ۲، ص ۳۹۲؛ ابن التجار، شرح الکوکب المنیر، ج ۴، ص ۴۳۱؛ السبکی، الأبهاج، ج ۳، ص

اعتقاد به صحت امر آسان و اخف، یکی از آن دو را برگزیده است. این شیوه همانگونه که ملاحظه می شود عدولی است که هر نظر ژرف نگر دورانیشی و هر رأی صحیح و حکیمانه ای آن را تأیید می کند و بدون هیچگونه شکی این شیوه خارج از دایره استحسان نیست و از یک وجه با معنای استحسان مطابقت دارد و به همین دلیل است که هر مسأله اختلافی بر اساس یک قانون و روال یکسان جاری نمی گردد همانگونه که استحسان نیز بدینگونه است. این حقیقتی است که شاطبی بدان تصریح کرده و گفته است: « از جمله استحسان مراعات خلاف فقها است ».^۱ او سپس برخی از مسائلی که بر این قاعده بنا شده بدون آنکه وجه ارتباط آنها با استحسان را بیان کند بر شمرده است و سخنان ابوالعباس قباب در مورد مشروعیت عمل به استحسان که قاعده مراعات خلاف از جمله آن است را ذکر کرده است. سخنان قباب در حقیقت همان جواب هایی است که او برای شاطبی پس از آنکه قاعده مذکور از نظرش مشکل و مبهم بوده و هنوز به صحت و جایگاهش اطمینان پیدا نکرده مکاتبه کرده است. شاطبی می گوید:^۲ « درباره مسأله مراعات خلاف برای عالمان مغرب و سرزمین آفریقا نامه نوشتم و آن هم بدلیل وجود اشکال در قاعده مذکور: اشکال اول که به این موضع اختصاص دارد البته به فرض صحت قاعده، جایگاه و مبنای شرعی آن چیست ؟ و بر کدام قواعد اصول فقه بنا شده است ؟ آنچه که واضح و روشن است این است که باید از دلیل تبعیت کرد و هر کجا دلیل باشد باید آن را پذیرفت و هرگاه از نظر مجتهد یکی از دو دلیل راجح باشد حتی با کمترین وجوه ترجیح، واجب است که مجتهد بدان استناد کند و غیر آن را نادیده بگیرد. پس رجوع مجتهد به قول مجتهد دیگر در حقیقت اعمال دلیلی است که از نظرش مرجوح است و همان دلیل راجح که از نظرش تبعیت از آن بر او واجب است که این عملکرد برخلاف قواعد است. برخی از آنان جواب های دور و نزدیکی درباره مسأله فرستادند جز اینکه من به مکاتبه با ابوالعباس قباب

^۱ - الشاطبی، الأعتصام، ج ۲، ص ۱۰۱.

^۲ - همان مرجع.

ادامه دادم تا آنکه جوابی با نصّ زیر برایم نوشت ۰۰۰ شاطبی سرانجام می گوید: من همانند بزرگان معتقد به رد استحسان و فروع مبتنی بر آن بودم تا اینکه بدلیل کاربرد فراوان آن در فتاوی خلفا و بزرگان صحابه و جمهور آنان و بدون هیچگونه مخالفتی از سوی دیگر فقها، آن در دلم جای گرفت و نسبت بدان برای ام انشراح صدر حاصل شد و قلبم اطمینان یافت زیرا خداوند به تبعیت و اقتدا کردن از آنان دستور داده است. او سرانجام نمونه های متعددی از استحسان های صحابه برشمرده و بدین ترتیب سخن را به پایان رسانده است.

مطلب هفتم: مصلحت

مصلحت در لغت ضد مفسدت است اما در اصطلاح همانگونه که غزالی می گوید: عبارت از جلب منفعت یا دفع مضرت است.^۱ طوفی می گوید: مصلحت همان سببی است که به مقصود شارع می انجامد خواه عبادت باشد خواه عادت.^۲ اما بهترین تعریف مصلحت این است که بگوییم: مصلحت عبارت است از آنچه که رعایتش در حق بندگان از لحاظ جلب مصالح و دفع مفساد بگونه ای است که عقل هرگز در ادراک آن نمی تواند مستقل باشد.^۳

و جوه ارجاع مراعات خلاف به مصلحت:

مراعات خلاف را می توان از دو طریق به مصلحت ارجاع داد: ۱- مناسب ملائم ۲- اعتبار مآل

۱- مناسب ملائم

مقصود از این اعتبار بطور دقیق، اعتبار جنس وصف در جنس حکم است. بدون هیچگونه تردیدی جنس شبهه در جنس ترک و پرهیز مؤثر است و این حقیقت بوسیله نصّ شارع ثابت شده است آنجا که پیامبر (ﷺ) می فرماید: « حلال روشن و آشکار است و حرام آشکار و نمایان است و بین حلال

^۱ - الغزالی، المستصفی، ج ۱، ص ۲۱۶.

^۲ - زید مصطفی، المصلحة فی التشريع الإسلامی، ص ۱۳۹.

^۳ - الشاطبی، الاعتصام، ج ۲، ص ۷۹.

و حرام امور شبهه داری هستند که بسیاری از مردم آنها را نمی دانند. پس هرکس از امور شبهه دار پرهیز کند دین و عرض خویش را پاک نگه داشته است و هرکس به امور شبهه دار گرفتار گردد در حرام گرفتار شده است همانند چوپانی که اطراف قرقگاه مشغول به چراست و بیم وارد شدن گوسفندانش به قرقگاه وجود دارد. هان آگاه باشید که هر پادشاهی قرقگاه دارد و قرقگاه خداوند بر زمین محرمات او می باشند.^۱ این حدیث بیانگر این است که جنس شبهه ها مناسب پرهیز و خودداری از آنها می باشد بدلیل وجود دفع مفسده و وقوع امری که از آن نهی شده است. پس جنس شبهه وصف است و جنس پرهیز و ترک، حکم است و حدیث مذکور بر مؤثر بودن جنس وصف که همان شبهه است - در جنس حکم - که همان پرهیز و اجتناب است - دلالت دارد. و از آنجایی که واقع شدن در ورطه مورد اختلاف مظنه شبهه است حکم احتیاط با پرهیز و خودداری از آن مورد اختلاف بخاطر مراعات کردن قوت مأخذ و دلیل مخالف اعمال می گردد و جنس مورد اختلاف در جنس پرهیز و خودداری در نظر گرفته می شود.

در توضیح بیشتر این مطلب باید گفت که جنس وصف که همان اختلاف است در جنس حکم که همان پرهیز است و در اینجا به مراعات خلاف یا خروج از خلاف، مصطلح است، مؤثر می باشد زیرا واقع شدن در اختلاف، احتمال واقع شدن در حرام یا ترک کردن واجب وجود دارد که با انجام فعل دارای مشقت بیشتر از میان دو امر با ترک کردن آن یا با انجام فعل با در نظر گرفتن سایر احتمالات تکلیف که با آن مناسب است احتمال مذکور منتفی می گردد. همانگونه که روشن است بهترین و عالی ترین مصالح آن است که شارع آنها را معتبر دانسته و به تحصیل آنها دستور داده است که مراعات خلاف همانگونه که ملاحظه گردید در دایره همین معنا جای دارد زیرا آن در ضمن مناسب معتبر که همان مناسب ملائم است قرار می گیرد و آن هم از جهت اعمال و جاری کردن

^۱ - این حدیث قبلاً تخریج شده است.

دلایل شرعی که به پرهیز و خودداری از شبهه ها و پاک نگهداشتن خود درخصوص خلاف که از بارزترین جنس شبهه هاست دستور می دهند.

ابن عبدالسلام می گوید:^۱ مصالحی که شارع به جلب و تحصیل آنها دستور داده است دو گونه اند :

۱- مصالح ایجاب ۲- مصالح ندب. و مفاسدی که شارع به دفع آنها دستور داده دو گونه اند :

۱- مفاسد کراهت ۲- مفاسد تحریم . و شرع همانگونه که برای جلب مصالح ندب و ایجاب رعایت احتیاط می کند برای دفع مفاسد کراهت و تحریم نیز احتیاط کرده است. احتیاط دو گونه است: ۱- آنچه که مندوب است و از آن به ورع تعبیر می شود مانند شستن دستها برای سه بار قبل از وارد کردن آنها در ظرف آب در هنگام برخاستن از خواب یا مانند خروج از خلاف علما در هنگام نزدیک بودن ادله و مأخذ ...».

مفهوم گفتار ابن عبدالسلام این است که خروج از خلاف و مراعات کردن آن، حکم وسیله دارد بدلیل آنکه مصالح ندب برآن متوقف است. البته این مسأله در مبحث مراعات خلاف و رابطه آن با برائت ذمه بررسی شده است اما آنچه در اینجا در ارتباط با مراعات خلاف و مصلحت اهمیت دارد این است که شارع همانگونه که قصد تحقق امثال و اطاعت و انجام آن توسط مکلفین دارد تحقق مقاصد آن تکلیف و امثال را نیز قصد داشته است و گرچه امثال و فرمانبرداری برفوق اجتهاد مبتنی بر ظن غالب در اسقاط مؤاخذة کفایت می کند اما شارع در تمام احکام خود تنها بدان اکتفا نکرده و به محقق ساختن ماورای آن اجتهاد مبتنی بر ظن غالب یعنی غایت ها و مقاصدی که شارع حکم را بخاطر آنها وضع و تشریع کرده است نظر دارد که این درحقیقت همان چیزی است که از آن به مصلحت شرعی تعبیر می گردد. مصلحت شرعی که پایه و مبنای تشریع است و عالمان دین درباره آن گفته اند: شریعت بمنظور مصالح بندگان در معاش و معاد نازل شده است و شک و تردیدی وجود ندارد که این مهم فقط از طریق نصّ روشن یا اجتهاد متیقن یا احتیاط حاصل می گردد .

۱- ابن عبدالسلام، قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۲۳.

اقوال و آرای فقها دربارهٔ شبهه بودن خلاف گرچه قبلاً در مباحث پیشین ذکر گردید اما ممکن است در ذهن برخی این سؤال مطرح گردد که خلاف از چه جهتی شبهه بشمار می آید بگونه ای که مستلزم پرهیز و خودداری از آن می گردد؟ در جواب این سؤال باید گفت که مردّد بودن ظن میان دو طرف نفی و اثبات در صورتی که آن ظن در هیچکدام از آن دو جهت، تقویت نگردد آن به تساوی احتمالات مستلزم احتیاط یا توقف در آنچه که توقف در آن صحیح است می انجامد.

شاطبی دربارهٔ زمینهٔ اجتهاد معتبر و مردّد میان دو طرف احتمال بدون آنکه یکی از دو جهت راجح و تقویت شده باشد تعبیر ظریف و دقیقی دارد. او می گوید: « مجال اجتهاد معتبر آن جایی است که میان دو طرف مردّد باشد و قصد شارع در آن دو یعنی در جهت اثبات و در جهت نفی، واضح و روشن است اما به هیچکدام از جهت نفی یا جهت اثبات بطور جزم و قطعی قابل الحاق نیست زیرا مراتب ظنون در نفی و اثبات از لحاظ شدت و ضعف متفاوت است بگونه ای که سرانجام یا به علم یا به شک منتهی می گردد جز اینکه این احتمال گاهی در یکی از دو جهت، قوت می یابد و گاهی قوت نمی گیرد که در این حالت یعنی اگر قوت نگیرد آن در زمرهٔ تشابهات می باشد. شبههٔ حاصل از این اصل آن است که قسم تشابهات ترکیبی از تعارض میان نفی و اثبات است زیرا اگر متعارض نمی بودند آن جزو واضحات بشمار می آمدند و آنچه که مطلقاً واضح و روشن است نفی با اثبات در آن متعارض نمی گردد بلکه آن یا قطعاً منفی یا قطعاً مثبت است. امر اضافی و نسبی نیز بدین دلیل نسبی است که میان دو طرف روشن و واضح مردّد است بگونه ای که از نظر برخی به یک جهت، نزدیک به نظر می آید حال آنکه از نظر برخی دیگر به جهت دیگری نزدیک می باشد و چه بسا آن را در زمرهٔ تشابهات بشمار آورند زیرا آن به تنهایی و خودی خود استقرار و ثبات ندارد و به همین دلیل و بخاطر مراتب ظنون از لحاظ قوت و ضعف، امر اضافی و نسبی گردیده است.»

۲- اعتبار مآل

اعتبار و ملاحظه قراردادن مآل و پیامد به حالت پس از وقوع اختصاص دارد. مجتهد چه بسا در ابتدا به فساد و بطلان فعل فتوا دهد اما اگر آن فعل واقع شود آن را نافذ و معتبر بداند بخاطر تعارض دلیل دیگری که مقتضی رجحان دلیل مخالف است.

این شیوه درحقیقت به فعل انجام گرفته و ملاحظه و مبنا قراردادن آن با تجدید نظر درمسأله التفات دارد بگونه ای که آن تصرف و عمل پس از وقوع با ملاحظه قراردادن رأی مخالف، معتبر و شرعی می گردد گرچه آن در اصل نظر ضعیف بوده اما هنگامی که عمل طبق مقتضای اصل نظر واقع نشده است مصلحت و پیامدهای آن تصرف مراعات گردیده است.

براین اساس، تصحیح عقود فاسدی که محل اختلاف است از همین باب است مانند این قول فقها که درهرنکاح فاسد مورد اختلاف ارث ثابت می شود و فسخش نیازی به طلاق ندارد^۱ زیرا پس از وقوع مصلحت هردو زوج و فرزندان و ورثه بدان تعلق گرفته است یا این رأی مالکیه که هرگاه نمازگزار در رکوع به امام برسد و گفتن تکبیر احرام را فراموش کرده و برای رکوع تکبیر گفته باشد او باید به نمازش با امام ادامه دهد و نمازش را قطع نکند بخاطر مراعات خلاف شافعیه که گفته اند: تکبیر رکوع بجای تکبیر احرام کفایت می کند^۲ زیرا پس از گفتن تکبیر و دخول در نماز دلیل عدم جواز ابطال اعمالی که رأی و دلیل مخالف نسبت به آنها ترجیح داده می شود بدانها تعلق گرفته است.

البته بسیار روشن و بدیهی است که مجتهد در احوال و شرایط عادی براساس مقتضای اجتهاد خود نه اجتهاد مجتهدی دیگر عمل می کند بگونه ای که درهنگام وقوع تصرف فاسد از نظر او براساس همان مقتضای اجتهاد خود و نه مقتضای مجتهدی دیگر حکم می کند و اصل همین است جز اینکه این اصل کلی و عام دارای حالات استثنایی است و مجتهد یا مفتی خلاف دیگران را در مورد آنها مراعات می کند و آن هنگامی است که دلیل دیگری یا مصلحت راجحی پس از وقوعشان بدانها تعلق

^۱ - بلکا، الأحتیاط، ص ۳۱۷.

^۲ - ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج ۱، ص ۱۱۴.

بگیرد که این شیوه و عملکرد درحقیقت، دقت نظر در مآلات و پیامدهای ناگهانی حادثه است که شارع حکیم آن را در موارد گوناگونی معتبر دانسته است ازجمله در تأسیس کعبه بر اساس قواعد حضرت ابراهیم - علیه السلام - یا قتل منافقان و ...

دقت نظر در پیامدها اصل بزرگی در شریعت است و هیچکدام از کسانی که به وظیفه افتاء و آموزش مردم و اجتهاد در مسائل دینی مشغول هستند از اعتبار و ملاحظه قراردادن آن بی نیاز نیست تا بدین ترتیب از مخالفت با شرع و فتوا یا اجتهاد کردن بر نقیض مقاصد و مدارک شرع در امان بماند زیرا اگر تحقق هدف یا همان تحقیق مناط، شناخت اوضاع و شرایط را می طلبد در نظرگرفتن پیامدها، شناخت آنچه را که ممکن است بوقوع پیوندد نیز می طلبد. البته شناخت اینگونه امور نیز به شناخت درست و دقیق واقعیت وابسته است و با این لحاظ، شناخت پیامدها و ملاحظه آنها بخشی از شناخت اوضاع و شرایط و ثمره ای از ثمرات آن است و بر همین اساس می توان گفت که مجتهد نمی تواند درباره فعلی از افعال انجام گرفته توسط مکلفین حکمی بر جواز یا ممنوعیت صادر نماید مگر آنکه پیامد آن را به نظر آورد.^۱

شاطبی می گوید:^۲ نظردر مآلات و پیامدهای افعال شرعاً مقصود و معتبر است خواه آن افعال موافق یا مخالف شارع باشد زیرا مجتهد درباره هیچ فعلی از افعال مکلفین حکم به جواز یا منع صادر نمی کند مگر پس از تأمل و نظرکردن در پیامدهای آن فعل و چه بسا آن فعل بخاطر مصلحتی که شایسته جلب است یا بخاطر مفسدتی که سزاوار دفع است مشروع گردد اما آن فعل دارای مآل و پیامدی باشد که به نقیض آنچه در آن مقصود است منجر گردد. ازجتهتی دیگر فعل ممکن است بخاطر مشتمل بودن بر مفسده یا دفع مصلحتی غیرمشروع دارای مآل و پیامدی برخلاف آن باشد. حال اگر درحالت اول قایل به مشروعیت مطلق باشیم چه بسا جلب مصلحت به مفسدت مساوی با آن

^۱ - الریسونی، گفتگوهایی برای قرن جدید، ص ۷۰.

^۲ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۹۴، ۱۹۵.

مصلحت یا افزون تر از آن بینجامد که این مسأله مانع از قایل شدن به مشروعیت مطلق می گردد. در حالت دوم نیز اگر قایل به عدم مشروعیت بطور مطلق باشیم چه بسا دفع مفسده به مفسده ای مساوی یا افزون بر آن مفسده بینجامد و بنابراین اطلاق قول به عدم مشروعیت صحیح نیست که البته این قضیه جزو مجالات اجتهاد و موضع بسیار دشوار است».

مطلب هشتم: نظریه تصویب

مقصود از قاعده تصویب این است که آیا هر مجتهدی در فروع مصیب است یا آنکه مصیب یکی از مجتهدان است اما متعین و مشخص نیست؟ در این باره دو قول وجود دارد:

قول نخست: هر مجتهدی در فروع مصیب است. اشعری، ابویوسف، محمد بن حسن، ابن سريج، قاضی ابوبکر و دیگران بدین رأی گرویده اند.^۱

قول دوم: مصیب در فروع یکی از مجتهدین است زیرا حق در نزد خداوند، واحد است و متعدد نیست و هر مجتهدی اگر پس از بکارگیری نهایت تلاش و کوشش بدان اصابت کند او مصیب است و هر مجتهدی که بدان اصابت نکند او مخطی و معذور است. اکثریت فقها و اصولیین از جمله ائمه چهارگانه و ظاهریه بدین رأی گرویده اند^۲ و حدیث پیامبر (ﷺ) آنجا که می فرماید: «مجتهد اگر اجتهد کند و به حق اصابت کند دو اجر می برد و اگر خطا کند یک اجر می برد» مؤید این قول است. این حدیث بطور صریح بر یکی بودن حق دلالت دارد که هر کدام از مجتهدین بدان اصابت کند

^۱ - الزرکشی، البحرالمحیط، ج ۶، ص ۲۴۱؛ القزالی، المنخول، ص ۵۶۱؛ القرافی، شرح تنقیح الفصول، ص ۴۱۴؛ الرازی، المحصول، ج ۶، ص ۳۳؛ ابن حاجب، مختصر المنتهی، ص ۳۲۹؛ الدبوسی، تقویم الأدله، ص ۴۲۲.

^۲ - الرازی، المحصول، ج ۶، ص ۳۵؛ ابن حاجب، مختصر المنتهی، ص ۳۲۹؛ الزرکشی، البحرالمحیط، ج ۶، ص ۲۴۱؛ الدبوسی، تقویم الأدله، ص ۴۲۲؛ القرافی، شرح تنقیح الفصول، ص ۴۱۴.

^۳ - ابن حنبل، المسند، ج ۴، ص ۱۹۸؛ مسلم، صحیح مسلم، ج ۵، ص ۱۳۱؛ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج ۲، ص

او مستحق دو اجر است و هرکس بدان اصابت نکند او مخطیء و مستحق یک اجر است البته اگر تمام تلاش و کوشش خود را بکار گرفته و از شرایط لازم برای اجتهاد برخوردار باشد. و جوه ارجاع مراعات به نظریه تصویب:

قاعده مراعات خلاف یا خروج از خلاف را می توان از دو جهت براساس قاعده تصویب یا تخطئه تخریج کرد:

۱- تخریج مراعات خلاف براساس قول مرجوح یعنی تصویب تمام مجتهدین

مراعات خلاف از این جهت براساس قول مصوبه قابل تخریج است که مجتهد اگر قایل به تصویب باشد باید عمل کردن به قول غیر را بدلیل اصابت به حق در هر دو رأی و بدلیل آنکه شخص در این عمل خود یعنی عمل کردن به رأی مخالف، از صواب به خطا عدول نکرده بلکه از یک صواب به صواب همانندش انتقال یافته است جایز و روا بدانند و اجماع عالمان دین بعنوان مثال در مورد مجزی بودن نماز پیروان مذاهب در پشت یکدیگر مانند نماز شافعی پشت مالکی و بالعکس با اینکه در مسح سر و دیگر فروع اختلاف دارند را باید بر این رأی حمل کرد.^۱ البته ناگفته نماند که تخریج مراعات خلاف بر اساس قول مصوبه چیزی بیش از امری جدلی و فرضی نیست.

۲- تخریج مراعات خلاف بر اساس قول راجح یعنی تخطئه مجتهدین

مجتهد از آنجایی که در فروع ظنی، خلاف غالب بر ظن خود را جایز می داند و به خطای مخالف بطور قطع اعتقاد ندارد شایسته است که هرگاه در مأخذ مخالف نظر بیفکند و آن را موجه بیابد آن را بگونه ای مراعات کند بویژه اگر در مراعات خلاف، احتیاط و ورع و عمل به یقین وجود داشته باشد.^۲

^۱- الونشریسی، ایضاح المسالک، ص ۶۳؛ الترافی، الفروق، ج ۲، ص ۱۰۷.

^۲- الزرکشی، البحرالمحیط، ج ۶، ص ۲۶۵، الزرکشی، المنثورفی القواعد، ج ۲، ص ۱۲۸.

مبنا و اساس این رأی همانگونه که ملاحظه می شود احتمال وجود اصاب به حق در طرف مخالف است یعنی احتمالی که در هر دو طرف اجتهاد وجود دارد و در نتیجه آن، مخطی یک اجر و اصاب به حکم و آثار مترتب بر آن را از دست می دهد. درحقیقت، نیک و پسندیده بودن احتیاط با خروج از خلاف از همینجا نشأت می گیرد و قول منسوب به پیشوایان فقه از جمله امام شافعی و امام ابوحنیفه یعنی « قولی صواب یحتمل الخطأ و قول غیری خطا یحتمل الصواب »^۱ بر همین موضوع دلالت دارد زیرا مجتهد اگر به نتیجه اجتهادش جزم و قطع داشته باشد در این حالت نسبت احتمال خطا در اجتهادش بی معنا خواهد بود و بنابراین احتمال خطا در اجتهاد هنگامی صادق است که شخص مجتهد به بطلان مطلق رأی مخالف و صحت مطلق رأی خود عقیده نداشته باشد که عبارت پیشگفته بر همین معنا دلالت دارد و شایسته است که در مباحثات نظری سر لوحه آداب مباحثه و مناظره نهاده شود تا اهل بحث و نظر در هنگام مناظره و مباحثه، اخلاق و آداب خود را بدان بیارایند.

شاطبی می گوید: « می توان چنین گفت که هر دو جهت فعل و ترک از نظر مجتهد معتبر می باشند زیرا هر کدام از دو جهت، احتمال این را ندارد که مقصود شارع باشند و مجتهد مکلف به آنچه که در ذهنش نقش ببندد که مقصود شارع همان است می باشد و مکلف به مقصود شارع در نفس امر نیست. و جهت راجح حتی با وجود راجح بودن امکان مقصود بودن جهت مرجوح در نزد شارع را از بین نمی برد جز اینکه این امکان در هنگام تکلیف نادیده گرفته می شود مگر در هنگام تساوی دو جهت، اما از لحاظ نظری آن همچنان به قوت خود باقی است و شکل گرفتن قاعده مراعات خلاف در نزد برخی از بزرگان دین بر همین اساس و مبنا بوده است ».

افزون بر آن، در مبحث اجتهاد به این حقیقت تصریح شده که بر مجتهد لازم است که تمام طاقت و توان خود را در جهت شناخت حکم خداوند راجع به مسائل و حوادث بکارگیرد تا بدانجا که

^۱ - الحکفی، الدر المختار، ج ۱، ص ۵۱؛ القنوجی، أبجد العلوم، ج ۲، ص ۴۰۲؛ الجرجانی، التعریفات، ص ۱۷۶.

اطمینان در صحت امثال و فرمانبرداری و اطمینان از واقع شدن آن بر وفق مقصود و مراد شارع حاصل گردد. مفهوم این سخن آن است که اجتهاد از حیث اجتهاد مراد و مطلوب نیست همانگونه که امثال و اطاعت از حیث امثال مقصود و مطلوب نمی باشد بلکه اجتهاد از این جهت مطلوب است که شناخت حکم شرعی بر آن متوقف است حال اگر اجتهاد از تحصیل حکم بر اساس ظن غالب عاجز و ناتوان بماند یا اینکه نتیجه اش در مقابل اجتهادی دیگر که دارای نوعی قوت است ضعیف باشد در این حالت رجوع به اجتهاد مخالف متعین است بخاطر برحذر ماندن از اینکه مبدا اصابت به حق در جهت رأی مخالف و نه در جهت اجتهاد ظنی خود مجتهد می باشد و همچنین بخاطر حرص داشتن به صحت فعل یا امثال که از مکلف بطور مستقیم خواسته شده است.

مطلب نهم: برائت ذمه بطور یقینی

در اصول و قواعد فقه این حقیقت به روشنی ثابت است که آنچه به یقین ثابت است ذمه جز با یقین از آن رها نمی شود^۱ زیرا آنچه که در برائت معتبر است علم و آگاهی است و ظن و گمان نمی تواند جایگزین علم گردد مگر در حالت تعذر علم. دیگر آنکه در نظر گرفتن شک در نقصان بعنوان یک امر محقق توسط فقها خود بر تحصیل یقین دلالت دارد.

بر این اساس اگر مکلف از توجه تکلیف به او علم و آگاهی دارد اما در تحقیق امثال به صورت مجزی تردید داشته باشد وظیفه اش چیست؟ آنانی که اعتماد کردن بر ظن را معتبر دانسته اند امثال او را کافی می دانند و به تردید و شک یا خلاف توجهی نکرده اند اما آنانی که اختلاف در اجزاء و مأخذ آن را در نظر گرفته اند حکم یقین از طریق احتیاط را تغلیب کرده اند زیرا اشتغال ذمه بطور یقینی مستلزم فراغت یقینی ذمه است و حصول شک و تردید در نزد مجتهدین در مورد دو طرف حکم نیز به همین گونه است. یعنی اگر خلاف میان اقتضای جازم و تخیر مردد باشد و مکلف از آن

^۱ - ابن عبدالسلام، قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۱۱۰؛ الروکی، قواعد الفقه الاسلامی، ص ۱۹۴.

آگاهی داشته باشد در این حالت آنچه متعین است عمل کردن به اقتضای جازم است تا بدین ترتیب هم خروج از خلاف و هم ابراء ذمه حاصل گردد.

وجه استناد مراعات خلاف به قاعده براءت ذمه این است که مراعات کننده خلاف به خروج از خلاف اقدام نمی کند مگر با انگیزه فرار از اشتغال ذمه و بیم از استمرار طلب در صورتی که اگر به موجب اجتهاد خود عمل کند و موجب اجتهاد مخالف را در هنگام قوی بودن مأخذ و دلیل نادیده بگیرد. براین اساس، بناکردن بر یقین یعنی جهت دارای مشقت بیشتر از میان دو جهت خلاف یا تردید بعنوان راهکاری برای تحصیل براءت ذمه از عهده تکلیف استصحاب می شود و همانگونه که روشن است وسایل هم حکم مقاصد را دارد البته مادامی که جنس آن مصالح مورد قبول شارع باشد و دیگر آنکه امثال بر وفق واسطه میان دو طرف خلاف که همان غلبه ظن است بطور کلی در انقطاع طلب کفایت می کند اما نه به صورت یقینی زیرا یقین مستلزم قدری زائد است و آن قدر زاید همان از بین بردن شک و تردید بطور کامل است و بر همین اساس است که خروج از خلاف بعنوان وسیله و راهکاری برای براءت ذمه بطور یقینی بشمار می آید. ابن قیم می گوید: «از آنجایی که فقط با اسباب می توان به مقاصد رسید طرق و اسباب تابع مقاصد در نظر گرفته می شوند و اعتبارشان نیز به اعتبار مقاصد می باشد»^۱.

گفتار دوم: قائلان به عدم صحت مراعات خلاف ودلائل آنان

برخی از فقها و اصولیون اشکالات و اعتراضاتی در مورد مراعات خلاف مطرح کرده اند اما آن را بطور کلی رد نکرده اند و در حقیقت همین اشکالات و اعتراضات بوده که آنان را از پذیرش قاعده مراعات خلاف باز داشته است. در میان این عده از فقها تنها کسی که اشکال خود را درباره مراعات

^۱ - ابن قیم، اعلام الموقعین، ج ۳، ص ۱۰۸.

خلاف - خروج ازخلاف - بطورصریح مطرح کرده شاطبی است.^۱ همچنین درمیان فقها کسانی هم بوده اند که مراعات خلاف را بطورکلی رد کرده اند که ظاهرقول ابن حزم آنجا که می گوید: «... پس مراعات خلاف لازم نیست و آنانی که گفته اند اختلاف رحمت است سخت در اشتباه اند» بر این حقیقت دلالت دارد.

افزون بر آن، ظاهر قول «ابن الشاط» مالکی بر رد قاعده مراعات خلاف دلالت دارد. او درشرح خود بر سخنان قرانی می گوید: «قول قرانی در مورد اینکه خروج ازخلاف ورع است صحیح نیست ... زیرا ورع به اعتبار مجتهدین متنفی است و بر مقلد لازم است که به تقلید عمل کند ... و بنابراین ورعی که مقتضی خلاف مذهب مقلد است نمی تواند صحیح باشد».^۲ همچنین از میان کسانی که به قاعده مراعات خلاف اشکال وارد کرده اند می توان لخمی و قاض عیاض نام برد.^۳

اما اشکالی که بر مسأله مراعات خلاف وارد شده ظاهراً همان ترک عمل به مقتضای اجتهاد و عمل کردن به اجتهاد مجتهد دیگر است و ترک عمل به مقتضای اجتهاد از جمله مواردی است که عالمان درباره منع آن اتفاق نظردارند حتی اگر قبل از اجتهاد و بذل طاقت و توان باشد. اسنوی می گوید: «همگان اتفاق نظردارند که مجتهد پس از اجتهاد جایز نیست که از مجتهد دیگری تقلید کند همانگونه که آمدی و ابن حاجب گفته اند اما قبل از اجتهاد چند قول وجوددارد که آمدی و ابن حاجب و دیگران منع مطلق را برگزیده اند».

^۱ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۵۱.

^۲ - ابن حزم، الأحکام، ج ۲، ص ۵۹.

^۳ - ابن الشاط، ادرارالشروق علی انواء الفروق، ج ۴، ص ۱۶۴-۱۶۵.

^۴ - الونشیری، ایضاح المسالک، ص ۶۶.

^۵ - الأسنوی، التمهید، ص ۶۴۷؛ الآمدی، الأحکام، ج ۲، ص ۴۳۰.

ابن عبدالبر هم گفته است: «خلاف نمی تواند در شریعت حجت باشد»^۱. مقصود او از این عبارت این است که در مسأله مراعات خلاف، خلاف بعنوان حجت و دلیل در نظر گرفته شده است و این نمی تواند صحیح باشد.

ایباری نیز از این جهت اشکال گرفته که فقها اگر راجع به مسأله ای اختلاف کنند و برخی معتقد به تحریم و برخی دیگر قایل به اباحه باشند در این حالت قول به اینکه ترک به ثواب تعلق گرفته و فعل هم جایز است رأی است که هیچکس بدان نگراییده است.^۲ ولخمی و قاضی عیاض هم گفته اند که مراعات خلاف برخلاف قیاس است.^۳ اما شاطبی اشکالی که برای او مطرح شده این است که اصل و اساس شرعی قاعده مراعات خلاف کدام است و آن بر چه قواعد اصولی استوار است؟^۴ او در این باره با بسیاری از اهل علم از جمله «ابن عرفه» و «ابوعباس قیاب» مکاتبه کرده تا آنکه سرانجام به جایگاه شرعی مراعات خلاف اطمینان پیدا کرده و خود به شرح و توضیح مبانی آن در کتاب خود «الموافقات» پرداخته است.^۵

در میان مذاهب اسلامی نیز آراء و اقوال مذهب ظاهریه مقتضی عدم لزوم مراعات خلاف است که برای روشن شدن این حقیقت ابتدا دیدگاه مذهب ظاهریه درباره مراعات خلاف مطرح و سرانجام دلایل مخالفان مراعات خلاف نقد و بررسی خواهد شد.

^۱ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۵۱.

^۲ - الزرکشی، البحر المحیط، ج ۶، ص ۲۶۵.

^۳ - الونشیری، ایضاح المسالک، ص ۶۶.

^۴ - الشاطبی، الاعتصام، ج ۲، ص ۱۰۱.

^۵ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۵۱.

بند اول: دیدگاه مذهب ظاهریه درباره مراعات خلاف

این حزم معتقد است که مراعات خلاف لازم نیست. او می‌گوید: تبعیت و پیروی از قران بعنوان منبع قانونگذاری اسلام و پیروی از پیامبر (ﷺ) که خداوند او را به تبیین دین اسلام دستور داده واجب است و چیزی فراتر از این نیست و بنابراین هرآنچه که در قران و سنت صحیح یا در یکی از آندو باشد آن حق است و اگر تمام ساکنان زمین درباره آن اجماع کنند به قوت آن افزوده نمی‌گردد همانگونه که اگر کسی آن را ترک کند موجب ضعف و سستی آن نخواهد شد. بنابراین مراعات خلاف هرگز لازم نیست و آنانی که گفته‌اند: اختلاف رحمت است سخت در اشتباه می‌باشند.^۱

این حزم در این گفته خود بیان کرده که پیروی از قران و سنت لازم و واجب است حال آنکه این حقیقت مورد اتفاق همه امت اسلام است اما او با اینکه به نفی لزوم مراعات خلاف پرداخته اما وجه عدم لزوم مراعات را مشخص نکرده و نسبت میان پیروی از قران و سنت و عدم مراعات خلاف را تبیین نساخته است اما در هر صورت اگر اشکالات او نسبت به مراعات خلاف همان اشکالاتی است که توسط برخی از فقها مطرح شده است آن در جای خود نقد و بررسی شده و به همه آنها جواب داده شده است.

واقعیت این است که تمام اعتراضات و اشکالات مخالفان اصل مراعات چیزی بیش از مجرد اشکال نیست که آن، بیانگر رد یا باطل ساختن مقتضای قاعده مذکور نیست و تمام ایرادات و اشکالات مطرح شده در مبحث بعدی نقد و بررسی شده و به آنها پاسخ شایسته داده شده است.

^۱ - ابن حزم، الاحکام، ج ۲، ص ۵۹

بند دوم: نقد و بررسی اشکالات مخالفان مراعات خلاف

در این بخش اشکالات مطرح شده توسط مخالفان قاعده مراعات خلاف از جمله عدم اجرای آن در تمام مسائل خلاف، روشن نبودن دلیل مشروعیت مراعات، برخلاف قواعد شرعی بودن مراعات خلاف و دیگر اشکالات نقد و بررسی خواهند شد.

مطلب اول: اجرا نشدن مراعات در تمام مسائل خلاف

قاعده مراعات خلاف اگر حجت است باید در تمام مسائل خلاف اعمال شود حال آنکه آن در برخی مواضع معتبر و اعمال گردیده و در برخی مواضع مورد اعمال واقع نشده است که این رویکرد یا بر بطلان قاعده مذکور دلالت دارد یا مستلزم این است که مواضع و زمینه اجرا و اعمال مراعات خلاف مشخص و معین گردد و اگر معتبر بودن آن در برخی از مسائل خلاف پذیرفته شود آن به ضابطه ای نیاز دارد تا براساس آن، موردی که مراعات در آن واجب یا جایز است مشخص گردد و مفتی و ناظر در مسائل فقه از روی بینه و دلیل تصمیم بگیرد و حکم نماید.^۱

نقد و بررسی اشکال اول:

در جواب این اشکال باید گفت که مراعات خلاف در برخی مواضع حجت است و در برخی مواضع حجت نیست و اطّراد و شمول از لوازم ادّله و قواعد نیست تا مختص ساختن قاعده مراعات به برخی از موارد اختلاف نوعی خود رأیی بشمار آید. دیگر آنکه مختص ساختن مراعات خلاف به برخی از مسائل اختلافی از باب جلب مصلحت یا دفع مفسدت است زیرا مراعات یا قبل از وقوع فعل یا بعد از وقوع فعل صورت می گیرد که اگر قبل از وقوع باشد آن از باب احتیاط است اما اگر پس از وقوع فعل باشد آن از باب تیسیر و تساهل و دفع حرج است و مراعات فقط با مجوز شرعی انجام می گیرد و این مجوز جز جلب مصلحت یا دفع مفسدت چیز دیگری نیست و اصل و اساس در این مجوّز یا

^۱ - الونشریسی، المعیارالمعرب، ج ۶، ص ۳۶۷.

احتیاط یا تیسیر و رفع حرج است. بعنوان مثال اگر کسی عمل نهی شده مرتکب گردیده باشد چه بسا احکام مترتب بر آن به حکم تبعیت نه اصالت بیش از حد معمول باشد یا اینکه به وضعیتی شدیدتر از مقتضای نهی منجر گردد که در این حالت یا باید آن شخص را با کرده اش وا گذاشت یا اینکه فساد انجام گرفته بگونه ای تجویز شود که در شأن عدالت باشد بویژه آنکه آن شخص عملی را که انجام داده بطور کلی بر وفق دلیل بوده است و حتی اگر آن دلیل مرجوح باشد آن نسبت به حالت واقع شده راجح است و بکارگیری چنین شیوه ای بهتر از زایل کردن حالت صورت گرفته همراه با وارد ساختن ضرر و زیان بیش از مقتضای نهی به فاعل است.^۱

پس مجتهد اگر دلیل منع فعل از نظرش راجح باشد او قابل به منع و تحریم مطلق می شود و رأی مخالف را بخاطر مرجوح بودن مراعات نمی کند اما اگر فعل ممنوع واقع شود و بخواهد آثار منع را بر آن مترتب سازد از جمله عدم اجزاء در عبادات و عدم ترتب آثار در عقود و معاملات، در این حالت در عبادات با دلیل منع از ابطال عمل روبرو خواهد شد چه خداوند می فرماید: (وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ) [محمد/۳۳] و در معاملات نیز با غیر مناسب بودن نقض معامله مسلمان در تعارض خواهد بود و به همین دلیل است که مالکیه نماز نافله چهار رکعتی را بخاطر عدم ابطال اعمال و شافعیه بخاطر احتیاط، آثار شرعی از جمله نگه داشتن عده و ثبوت نسب و حرمت مصاهره و ثبوت مهرالمثل را در نکاح فاسد مانند نکاح بدون ولی یا بدون شهود یا نکاح شغار مترتب ساخته اند و خلاف در این باره را پس از وقوع مراعات کرده و دلیل مخالف را راجح دانسته اند زیرا ترجیح با کمترین محرک و برانگیزاننده ظن حاصل می گردد.^۲

ابن عرفه می گوید: «مراعات خلاف در برخی مواضع حجت است ... و فقها آن را در هر موضعی معتبر ندانسته اند و اگر سؤال شود ضابطه این عمل چیست؟ در جواب می گوئیم: ضابطه اش

^۱ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۲۰۳ - ۲۰۴.

^۲ - الونشیری، المعیار العرب، ج ۶، ص ۳۹۱؛ النووی، المجموع، ج ۱۷ ص ۲۴۶ - ۲۴۷.

رجحان دلیل مخالف در ثبوت ارث از نظر مالک نسبت به دلیل امام مالک در لازم مدلول دلایلش که همان نفی ارث است و ثبوت یا نفی رجحان بر حسب نظر و ادراک مجتهد در مسائل و حوادث است.^۱

بنابراین ضابطه مراعات خلاف همان رجحان دلیل مخالف از نظر مجتهد نسبت به دلیل خود مجتهد در لازم قول مخالف است. مانند رجحان دلیل مخالف در ثبوت ارث و نسب و حرمت مصاهره و ... از نظر مالکیه و شافعیه نسبت به دلیل آنان در لازم مدلول دلیل شان که همان نفی ارث و نسب و ... است و ثبوت و نفی رجحان دلیل به نظر و ادراک مجتهد در مورد حوادث و وقایع بستگی دارد و به همین دلیل است که مراعات خلاف در برخی مسائل اعمال می شود و در برخی دیگر اعمال نمی شود. و اگر گفته شود که این شیوه و عملکرد به اثبات ملزوم و نفی لازمه اش که آن ضرورتاً باطل است می انجامد در جواب باید گفت آن همیشه اینگونه نیست و در برخی مسائل چنین نمی باشد مانند همین مسأله ارث زیرا آن از باب نفی ملزوم که همان صحت نکاح که خود ملزوم ارث است می باشد و بنابراین در این حالت، بخاطر تعدّد لوازم در اثر تعدّد ادله از نفی ملزوم نفی لازم نمی آید. مجتهد در این حالت میان دو رأی و نظر مخیر است یا به لازم مدلول دلیل خود یا به لازم مدلول دلیل مخالف البته اگر آن را در حادثه محل حکم، مستند و قوی بیابد، عمل کند تا بدین ترتیب به هر دو دلیل عمل کرده باشد.

افزون برآن، این قول که نفی ملزوم مستلزم نفی لازم است امر مسلم و قطعی نیست بخاطر احتمال گسست جهت یا ورود امری که در آن به ثبوت لازم و نفی ملزوم حکم شده باشد مانند نکاح فاسد. نکاح فاسد بخاطر عدم رابطه میان آن و ارث ضرورتاً ملزوم ارث نیست و در ملزوم یک امر باید علاقه ای میان آن و میان آن امری که مقتضی ربط دادن آنها به یکدیگر است وجود داشته باشد حال آنکه در نکاح فاسد و ارث چنین رابطه ای منتفی است. دیگر آنکه اثبات ملزوم و نفی لازم

۱- بکا، الاحتیاط، ص ۳۲۸؛ الوتشریسی، المعیار العرب، ج ۶، ص ۳۷۸.

در لوازم عقلی بطور مطلق باطل است اما در لوازم ظنی و جعلی بطور مطلق باطل نیست زیرا در امور و مسائل عقلی ملزوم تابع لازم است و در حالت فساد، ملزوم تابع لازم نمی گردد و از آن وا می ماند.^۱ و گاهی وجود مانع از ثبوت لازم با اینکه ملزومش ثابت است جلوگیری می کند مانند موجبات ارث که ملزوم ارث هستند اما با این حال گاهی ارث با وجود ملزومش بطور شرعی مانند بنوت، بخاطر وجود مانع منتفی می گردد. بنوت گرچه مستلزم ارث است اما بخاطر وجود مانع مانند کفر یا قتل، ارث بر آن مترتب نمی گردد.

مطلب دوم: روشن نبودن دلیل شرعی مراعات

اشکال دوم این است که به فرض صحت قاعده مراعات خلاف، دلیل و مبنای شرعی آن چیست؟ و بر کدامیک از قواعد اصول فقه مبتنی می باشد با اینکه علمای اصول مراعات خلاف را جزو اصول بشمار نیاورده اند؟

تمام دلایل قائلان به مراعات خلاف که قبلاً بیان گردید در پاسخ به این سؤال بوده است و بنابراین نیازی به ذکر مجدد آنها در اینجا نمی باشد. دیگر آنکه «ابن عرفه» در پاسخ به این سؤال اینگونه جواب داده است:^۲ «دلیل شرعی مراعات خلاف از دو جهت است: ۱- دلیل دالّ بر وجوب عمل به راجح که این مسأله در اصول فقه بیان گردیده و ضرورتی برای ذکر آن در اینجا نمی باشد.

۲- حدیث پیامبر (ﷺ) که فرموده است: «فرزند از آن صاحب فراش و سنگ از آن زناکار است و ای سوده خودت را از او بپوشان».

^۱- المظفر، المنطق، ص ۹۹.

^۲- بلكا، الأحیاط، ص ۳۲۷؛ الونشریسی، المعیار العرب، ج ۶، ص ۳۷۹.

مطلب سوّم: برخلاف قواعد شرعی بودن مراعات خلاف

برخی از مانعان مراعات خلاف گفته اند که مراعات خلاف برخلاف قیاس شرعی است. زیرا طبق قیاس شرعی مجتهد باید به مقتضای دلیلش عمل کند و این برخلاف مراعات خلاف که مقتضای عمل نکردن مجتهد به مقتضای دلیل خودش است.

نقد و بررسی اشکال سوم:

در رد این اشکال باید گفت که مراعات خلاف بمعنای ترک کلی مقتضای دلیل نیست بلکه آن، اعمال دلیل همراه با زیادت عمل به مقتضای دلیل مخالف است و این شیوه گرچه عدول از دلیل خاص مجتهد از یک وجه است اما آن ترک کلی دلیل نیست. دیگرآنکه عدول مذکور بر اساس پیروی از هوای نفس صورت نگرفته بلکه در هنگام وجود موجب بدان عمل می شود که این موجب در مراعات خلاف همان رجحان دلیل مخالف در لازم مدلولش یا همان احتیاط و تیسیر است.

ابوالعباس قباب می گوید: « مجتهد در ابتدا به دلیل ارجح از نظرش عمل می کند اما اگر فعل براساس مقتضای دلیل دیگر واقع شود او بخاطر قوتی که در این دلیل وجود دارد و از نظرش بطور کلی باطل نمی باشد آن را مراعات می کند که این شیوه درحقیقت در پیش گرفتن راه وسط میان موجب دو دلیل است»^۱.

البته ناگفته نماند که مخالفت مراعات خلاف با قیاس شرعی از یک جهت امری مسلم اما از جهتی دیگر ممنوع و غیر مقبول است. از این جهت که در آن عدول از قیاس شرعی وجود دارد امر مسلم است که آن در این حالت از جمله انواع استحسان بشمار می آید و قبلاً هم بیان گردید اما از این جهت که از وجوه دیگری مخالف قیاس است ممنوع و غیر مقبول است. از جمله آشکارترین وجوه موافقت با قیاس این است که عدول مذکور یک عدول جزئی است و عدول کلی از همه وجوه نیست. دیگرآنکه قیاس مقتضی انجام عمل بگونه ای که ذمه از عهده آن فعل بری گردد و افزون

^۱ - الونشیری، المعیار العرب، ج ۶، ص ۳۸۸.

برآن، پرهیز از مواضع شبهه دار، جزو ورع و پرهیزگاری بشمار می آید که تحصیلش امر پسندیده و نیکویی است.

امام شاطبی درباره موافقت مراعات خلاف با قیاس می گوید: «کسی که مرتکب فعل مورد نهی شده ممکن است احکامی که بنا به تبعیت نه اصالت برآن فعل مترتب شود بیش از حد معمول باشد یا اینکه آن به امری شدیدتر از مقتضای نهی نسبت به آن شخص منجر گردد که در این حالت یا باید او را با کرده خویش وا گذاشت یا آنکه فساد واقع شده را بگونه ای تجویز نماییم که در شأن عدالت باشد البته با لحاظ قراردادن این حقیقت که عمل انجام شده توسط مکلف بطور کلی موافق دلیل بوده است همانگونه که حدیث تأسیس کعبه بر اساس قواعد ابراهیم و حدیث قتل منافقان و حدیث شخصی که در مسجد ادرار کرد به این مسأله اشاره دارد. پیامبر (ﷺ) در ماجرای آن شخص که در مسجد ادرار کرد دستور داد او را رها کنند تا حاجتش را برآورده سازد زیرا اگر از ادرار کردن او جلوگیری می شد لباسش نجس و خودش به بیماری مبتلا می گردد»^۱.

در توضیح بیشتر باید گفت که سخنان شاطبی بر یک قیاس اصولی استوار است زیرا این وقایع و حوادث ثابت شده از سوی پیامبر (ﷺ) خود یک اصل است. وقایع و حوادث مذکور مشتمل بر دو امر است:

- ۱- امر مورد اذن که ترک شده و آن همان تأسیس خانه خدا براساس قواعد ابراهیم - علیه السلام - و قتل منافقان است
- ۲- امر ممنوع که انجام گرفته و آن همان نگهداشتن خانه خدا بر همان حالت گذشته و عدم کشتن منافقان است. حدیث آن اعرابی که در مسجد ادرار کرده به همینگونه است. این حادثه در برگیرنده یک فعل ممنوع که انجام گرفته - ادرار کردن درمسجد - است. در تمام این موارد ترک مأذون و انجام ممنوع بخاطر وجود مجوز که همان دور نبودن آنان از دوران جاهلیت یا تشر زدن به پیامبر (ﷺ) در قتل منافقین یا الحاق ضرر به شخص ادرارکننده است.

^۱ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۲۰۴.

مراعات خلاف نیز در حقیقت بر همین اساس استوار است زیرا آن در برگیرنده ترک مورد اذن که همان عمل کردن به راجح است و فعل ممنوع که همان قول به مرجوح از نظر مراعات کننده است و ترک مأذون و انجام ممنوع بخاطر مجوز انجام گرفته است و بدینگونه عمل کردن به قول مرجوح با مراعات کردن دلیل صحت آن، پسندیده می باشد چرا که مکلف در عمل کردن به قول مرجوح بطور کلی بر وفق دلیل عمل کرده است. افزون بر آن، مکلفی که خواهان انجام فعل مورد اذن است چه بسا آن فعل به مفسده ای فراتر از مصلحت مورد اذن بینجامد و بنابراین از باب احتیاط و بیم از واقع شدن در مفسد ممنوع از انجام آن عمل بازداشته شود با اینکه مکلف بطور کلی بر وفق یک دلیل عمل کرده است. بعنوان مثال در آیه شریفه (وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيْنَا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ) [انعام ۱۰۸] روشن است که ناسزا و توهین کردن به الهه های مشرکان از باب عزت و حمیت و غیرت بخاطر خداوند است و اساساً چنین عملی مورد اجازه شارع است اما از آنجایی که آن به مفسده ای فراتر از مصلحت مورد اذن منجر می گردد خداوند متعال از جهت احتیاط و بیم از واقع شدن در امر محظور و ممنوع که همان سبب شدن در جهت ناسزا گفتن مشرکان به پروردگار متعال است از آن نهی کرده است.^۱

همچنین در آیه شریفه (... وَلَا يَضْرِبَنَّ بِالْأَرْجُلَيْنِ لِئَعْلَمَ مَا تَحْفَظِينَ مِنْ زِينَتِكُنَّ) [نور ۳۱] زدن و کوبیدن پاها به زمین اساساً امر مباح و مورد اجازه شارع است اما بدلیل آنکه این عمل به کشف مواضع زینت زنان و برانگیختن شهوت مردان منجر می گردد و در نتیجه به فتنه ای محظور و ممنوع می انجامد خداوند متعال از باب احتیاط زنان را از انجام آن نهی کرده است.

^۱ - ابن العربی، احکام القرآن، ج ۲، ص ۷۴۳؛ الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۲۰۰؛ ابن قیم، اعلام الموقعین، ج ۳، ص

هر دو آیه پیشین در برگیرنده یک امری که ذاتاً جایز است یعنی توهین کردن به الهه مشرکان در آیه نخست و زدن پاها به زمین در آیه دوم، می باشند اما از هر دو مورد نهی شده و نقیض آندو که همان پرهیز و خودداری از دو مورد مذکور است انجام گرفته است و نیک روشن است که پرهیز و خودداری - کف - که فعل است بخاطر مجوز احتیاط و بیم از واقع شدن در امر محذور صورت گرفته است و مراعات خلاف در حقیقت نیز بدینگونه است. زیرا قایل شدن به قول راجح توسط مراعات کننده در اصل مورد اذن و مجاز است و قایل شدن به قول مرجوح از نظر او اساساً ممنوع است. مراعات کننده خلاف در اجرای مراعات از امر مورد اذن خودداری نموده و امر ممنوع - مرجوح - را بخاطر مجوزی همچون احتیاط انجام داده است مانند مسح سر در وضو نسبت به شخص حنفی یا شافعی که واجب در مسح سر از نظر آنان مسح جزئی از سر است و عمل کردن به قول مرجوح با مراعات کردن دلیل صحت آن در چنین حالتی سزاوارتر می نماید زیرا مکلف بطور کلی عمل خود را بر وفق یک دلیل انجام داده است و افزون بر آن، چنین عملکرد و شیوه ای به ایجاد اتحاد و یکپارچگی و همگرایی میان آرای ائمه و فقها یا کاستن از خلاف منجر می گردد.

ابن تیمیه می گوید: « مکلف اگر از خلاف فقها خارج شود و تاجایی که امکان دارد بدنبال مواضع اتفاق آنان باشد او در حقیقت به حزم و یقین و اولی، عمل کرده است. همچنین اگر او در مسائل خلاف به رأی اکثریت و قول جمهور نه قول یک فقیه عمل کند او به حزم و یقین و احوط و اولی عمل کرده است با اینکه جایز است که او به قول یک فقیه نیز عمل کند. در تمام این موارد تبعیت کردن از اکثریت به بری شدن ذمه نزدیکتر و در زمینه عمل راجح تر است ».

مطلب چهارم: امتناع تصور ورع در مراعات خلاف

ورع بودن خروج از خلاف بدلیل امتناع تصور ورع در خروج از خلاف و منتفی بودن گناه در هر دو حالت اصابت و خطا در اجتهاد و ثبوت اجر و ثواب در هر دو حالت، امر مشکلی است. به عبارتی دیگر، متورّع یا مجتهد است یا مقلّد. واجب در حق مجتهد به اتفاق همگان تبعیت از نتیجه اجتهادش است و بنابراین تصور ورع در حق او منتفی است مادام که او ملتزم به نتیجه دلیل خودش است. و واجب نسبت به مقلد پیروی از مجتهد است و هرگاه در مسأله ای تقلید کند برای او ممکن نیست که از مجتهد دیگری تقلید کند زیرا او شروع به عمل کرده است یا اینکه میان اقوال آن دو مجتهد جمع کند زیرا آن اقوال ضد یکدیگر هستند و اساساً حق چنین عملی ندارد زیرا او اهل نظر و ترجیح نیست.^۱

ابن الشاط می گوید: « همه مکلفین در دایره اجتهاد و تقلید قرار دارند. در حق مجتهد ممنوع است که به غیر از مقتضای رأی خویش عمل کند و مقلّد هم ممنوع است که به رأی مقتضی خلاف مذهب مقلّدش عمل کند و اگرچنین ورعی هم در حق مجتهدین و هم در حق مقلّدین صحیح نیست آن فاقد اعتبار می باشد زیرا وجه سومی وجود ندارد که ورع نسبت بدان صحیح باشد ».^۲

نقد و بررسی اشکال چهارم:

در جواب این اشکال باید گفت که مقصود از مراعات خلاف نفس عمل به مدلول اجتهاد هر دو مجتهد است حال آنکه اشکال مذکور ناظر به اجتهاد دو مجتهد و نه مدلول اجتهاد آن دو است. دیگر آنکه فعل در خروج از خلاف مستلزم ثواب است مسأله واضح و روشنی است زیرا ثوابی است که در افعالی مانند مسح تمام سر در هنگام وضو و گفتن نیت حاصل می شود در عدم انجام این افعال حاصل نمی گردد و در متروکات نیز مانند ترک گفتن شراب « نبیذ » بخاطر بیم از واقع شدن در امر

^۱ - الونشیری ، المعیارالمعرب ، ج ۶ ، ص ۳۶۸.

^۲ - ابن الشاط ، ادرار الشروق ، ج ۴ ، ص ۱۶۵.

حرام براساس اجتهاد شرعی که مقتضی این حرمت است، آن اجر و ثوابی که ضرورتاً بخاطر آن حاصل می گردد بدون آن ترک بدست نمی آید و دیگر افعال و متروکات نیز بدینگونه است.^۱

افزون برآن، تبعیت مجتهد از دلیل خود مستلزم نفی ورع است. و از آنجایی که مقتضای دلیل مجتهد مباح بودن یک شیء و مقتضای دلیل مخالف حرام بودن آن شیء است امکان خروج از خلاف که ملزوم ورع است به اعتبار فعل و امتثال نه اعتبار اعتقاد وجود دارد. ابن عرفه می گوید: « لازمه تبعیت از دلیل توسط مجتهد نفی ورع است. به بیانی دیگر، اگر مقتضای دلیل مجتهد مباح بودن فعل یک شیء و مقتضای دلیل مخالف حرمت آن شیء باشد امکان خروج از خلاف که لازمه ورع است به اعتبار فعل نه اعتبار اعتقاد، وجود دارد مانند شخص حنفی که اگر از نوشیدن « نیذ » بخاطر بیم از واقع شدن در مقتضای دلیل مخالف بدلیل احتمال صحت راجح بودن آن، پرهیز و خودداری کند یا نظر امام مالک دربارهٔ پوست « مردار » به همینگونه است. بنابراین اگر این موضع نسبت به مجتهد صادق و ثابت باشد صدق آن نسبت به مقلد سزاوارتر و روشن تر است ». زیرا مقلد توان ارزیابی قوت دلیل مخالف را ندارد تا احتیاط خود را براساس آن مبتنی سازد و براین اساس خروج از خلاف نسبت به مقلد شایسته تر می نماید .

حقیقت دیگر این است که مجتهد همیشه به نتیجهٔ اجتهادش یقین ندارد و به همین علت، توقف و تعدّد آراء و تغییر اجتهاد در میان پیشوایان فقه و مجتهدان بسیار بوده است و همانگونه که غزالی گفته است: « ... اهل فتوا به حلیّت اشیایی فتوا می داده اند که خود به جهت ورع و پرهیز از شبهه هرگز بدان اقدام نمی کرده اند »^۲ و به همین علت باید گفت که نظریهٔ لزوم التزام مجتهد به اجتهاد خود جای نقد و بررسی دارد و پذیرفتن آن بطور مطلق به سد باب ورع در حق مجتهد می انجامد

^۱ - الونشریسی ، المعیارالمعرب ، ج ۶ ، ص ۳۷۹.

^۲ - الغزالی ، احیاء علوم الدین ، ج ۲ ، ص ۱۱۵ ؛ ابن قدامه ، المغنی ، ج ۱ ، ص ۴۰۹ .

حال آنکه دلایل ورع، عام است و هیچ کس از آن استثنا نشده است مانند حدیث^۱ «آنچه که تو را در شک و تردید قرار میدهد ترک کن و به آنچه که تو را در شک و تردید قرار نمی دهد عمل کن» که کسی از عموم آن استثنا نشده است.

در مورد مقلد نیز باید گفت که گرچه او اهل نظر و نقد و بررسی نیست اما او حتی اگر عامی باشد می تواند معنا و مفهوم مراعات خلاف را دریابد و بداند که خروج از خلاف در چه وقت مؤکد می گردد و راههای این علم و آگاهی فراوان است از جمله آنکه او می تواند با ارشاد مفتی عمل خود را براساس احتیاط و ورع انجام دهد. بعنوان مثال، اگر مکلف عامی از مفتی شافعی درباره قربانی که نام خداوند بر آن ذکر نشده سؤال کند و آن مفتی به حلیت آن فتوا دهد اما با این حال بخاطر قوت دلیل مخالف آن شخص عامی را از باب احتیاط و مراعات خلاف به ترک خوردن از آن قربانی توصیه کند. دیگر آنکه یک عامی چه بسا از طریق شنیدن دروس و مواعظ و خطبه ها از مواضع مراعات خلاف آگاه گردد یا اینکه با مطالعه کتاب فقهی اسوه و الگو، توجیهات و ارشاداتی درباره برخی از مسائل اختلافی که پرهیز از آنها مندوب است بدست آورد و خلاصه اینکه شخص مقلد می تواند به آن مقداری که خواهان عمل کردن براساس احتیاط و مراعات خلاف باشد از طریق سؤال و بحث و جستجو مسائلی که رعایت ورع در آنها صحیح و مستحب است بشناسد.

شایسته یادآوری است که علما و بویژه متأخرین هرگاه خواهان بحث پیرامون مسأله ای باشند مردم را به دو دسته مجتهد و مقلد تقسیم می کنند و حکم هر دو قسم را ذکر می نمایند اما درجای دیگر تصریح می کنند که باب اجتهاد از دیر زمانی، مسدود گشته است بگونه ای که بحث مربوط به حکم اجتهاد به یک بحث نظری صرف تبدیل شده است. آنان علاوه بر این دو قسم به ندرت متعرض حالت دیگری که در میان مسلمانان به فراوانی وجود دارد شده اند. این حالت همان عالمانی

۱- البخاری، صحیح البخاری، ج ۳، ص ۴؛ ابن حنبل، المسند، ج ۱، ص ۲۰۰؛ الدارمی، سنن الدارمی، ج ۲، ص

هستند که بسیاری از علوم و دانش ها را بدست آورده اند اما به درجهٔ اجتهاد مطلق یا اجتهاد درمذهب نرسیده اند ولی از نگاهی دیگر، در رتبهٔ تقلید محض قرار ندارند و به آن می توان تبعیت یا اتباع گفت.^۱ این گروه که توانائی شناخت دلائل و مآخذ خلاف و ارزیابی قوت دلیل مخالف را دارند و امکان شناخت حالت و زمان استحباب خروج از خلاف برای آنان فراهم است بگونه ای که اگر یکی از آنان مسأله ای را بطور ژرف و همه جانبه مورد بررسی قرار دهد و نصوص پیرامون آن و آرای مذاهب و دلایل آنها را بررسی کند به رتبهٔ اجتهاد در آن مسأله دست می یابد. البته این رأی بر اساس جواز تجزیه اجتهاد که قول راجح از نظر جمهور است مبتنی می باشد.

اما دربارهٔ امیدوار بودن شخص خارج از خلاف به ثواب و درجواب کسانی که گفته اند « کسی که ازباب ورع به خروج از خلاف اقدام می کند عملش خارج از دو حالت نیست یا اینکه بخاطر توقع مجازات و گناه یا بخاطر ازدست ندادن ثواب، آن عمل را انجام داده است و هیچکدام از دو احتمال مذکور متصور نیست. احتمال نخست - توقع گناه - بدین دلیل منتفی است که اگر قایل به تصویب مجتهدین باشیم مسأله روشن است زیرا در مسائل خلاف تمام مجتهدین بر صواب اند و انتقال از صواب به صوابی دیگر یا خروج از یک صواب بخاطر صوابی دیگر غیر قابل تصور است و اگر قایل به تخطئه باشیم دربارهٔ گناهکار بشمار نیاوردن مجتهد مخطی در فروع اجماع وجود دارد و بنابراین مجازات منتفی است زیرا میان گناه و مجازات تلازم وجود دارد. و دربارهٔ احتمال دوم - فوت ثواب - شاطبی گفته است : ثواب منتفی نیست زیرا مجتهد مخطی، همانند مجتهد مصیب مأجور است گرچه مجتهد مصیب اجر و ثواب بیشتری می برد اما مجتهد مخطی، متعین و مشخص نیست و چه بسا خطا درجهتی باشد که متورع - خارج از خلاف - بدان گرویده است و اگر مجازات منتفی باشد و ثواب بطور کلی منتفی نباشد موضعی برای ورع باقی نمی ماند^۲ باید گفت که امیدوار

۱- ابن عبدالبر، جامع بیان العلم، ج ۲، ص ۳۷.

۲- الونشریسی، المعیارالمعرب، ج ۶، ص ۳۶۸.

بودن شخص مراعات کننده خلاف به ثواب، امر صحیح و روشنی است و در جواب قول شاطبی که گفته است « ثواب منتفی نیست زیرا مخطیء همچون مصیب اجر و ثواب می برد » باید گفت که شخص محتاط با پرهیز از واقع شدن در خلاف ثواب بیشتری نسبت به شخص واقع در خلاف می برد که البته بدست آوردن بیشترین اجر و ثواب ممکن جزو مقاصد عقلاء است. اسباب کسب ثواب بیشتر توسط شخص مراعات کننده خلاف موارد زیر است :

۱- قصد : زیرا محتاط - مراعات کننده خلاف - خواهان این است که عملش خالی از هرگونه شائبه نقص یا تقصیر باشد و به انجام عمل بگونه ای که موجب برائت ذمه وی بطور یقین گردد توجه کامل دارد و این قصد البته که از ترس از پروردگار یا میل به موافقت با شریعت و طلب رضایت خداوند ناشی می گردد و ثوابی که بخاطر این انگیزه ها حاصل می شود بر هیچکس پوشیده نیست زیرا امور درگرو مقاصد و اعمال درگرو نیت است و بهره هرکس از عمل همان است که نیت کرده است .

۲- اصابت به حق: شخص محتاط درخلاف در بیشتر مسائل خلاف قطعاً موافق صواب در نزد خداوند عمل کرده است زیرا اعمالی را انجام می دهد که از نظر همه مجتهدین پسندیده و رضایت بخش است مانند مسح تمام سر، بجا آوردن غسل هایی که وجوبش محل اختلاف است، برپا کردن نماز جمعه پس از زوال آفتاب بخاطر مراعات خلاف رأی قایل به عدم جواز آن قبل از زوال، توزیع زکات بر اصناف هشتگانه تا حد امکان بخاطر مراعات خلاف رای قایل به وجوب آن، رعایت ترتیب در قضا کردن نمازهای فوت شده و نمونه های دیگر که بسیارند و مکلفی که به انجام اعمال مذکور اقدام می کند قطعاً مصیب است زیرا بعنوان مثال مسح کل سر خالی از دو حالت نیست: یا مسح تمام سر در نزد خداوند واجب است یا اینکه واجب فقط مسح جزئی از سر است که مکلف با مسح تمام سر، جزئی از سر هم مسح کرده است زیرا جزء داخل در کل است و بنابراین در هر دو حالت او مصیب است و اصابت قطعی مستلزم این است که ثواب شخص مصیب بطور قطعی نسبت به شخصی که احتمال اصابت و احتمال خطا در حق او وجود دارد بیشتر باشد زیرا شارع خود این دو حالت را

همسان و همانند بشمار نیاورده است. پیامبر (ﷺ) فرموده است: ^۱ «اگر حاکم اجتهاد کند و به حق اصابت کند دو اجر می برد و اگر اجتهاد کند و خطا نماید فقط یک ثواب می برد» و نباید گفته شود که جهت خطا متعین نیست زیرا در مراعات خلاف با خروج از آن، عمل بگونه ای واقع شده که قطعاً موجب برائت ذمه بطور یقینی می گردد. شخص محتاط بدون شک به جهت صواب نزدیکتر است مگر در مواردی مانند تعارض واجب و حرام یا جایی که احتمال داشته باشد عمل مشروع یا بدعت است که در اینگونه موارد، گفته شاطبی مبنی بر متعین نبودن جهت خطا امر مسلم است جز اینکه همه مسائل خلاف بدینگونه نیست بلکه بیشتر آنها از قبیل تعارض وجوب با کراهت و ندب یا تعارض وجوب با اباحه و تعارض حرمت با کراهت یا اباحه یا ندب و تعارض ندب با کراهت یا اباحه است.

۳- کثرت عمل: این مورد به افعال نه تروک مربوط می شود و مقصود از کثرت عمل این است که احتیاط مستلزم عمل بیشتری نسبت به تبعیت از قول یک امام می باشد. بعنوان مثال در ادای عمره بخاطر مراعات خلاف رأی قایل به وجوب آن، عمل و تکلیفی وجود دارد که در رأی قایل به سنت بودن آن، منتفی است. پرداخت زکات اشیای مورد اختلاف مانند زیورآلات و سبزیجات به همین گونه است و در حدیث آمده است: ^۲ «بهره ات به مقدار تلاش ات است» و طبق قاعده فقهی: ^۳ «آنچه دارای عمل بیشتری است دارای فضل بیشتری است».

خلاصه سخن این است که برای شخص محتاط و مراعات کننده خلاف اجر و ثواب بیشتری نسبت به دیگران امید می رود.

^۱ - مسلم، صحیح مسلم، ج ۵، ص ۱۳۱؛ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۷۷۶؛ ابن حنبل، المسند، ج ۴، ص ۱۹۸.

^۲ - الزیبدی، التجرید الصریح، ص ۴۲۰؛ العظیم آبادی، عون المعبود، ج ۱۴، ص ۱۱۶؛ المناوی، فیض القدر، ج ۲، ص ۶۴۲.

^۳ - السیوطی، الأشباه و النظائر، ج ۱، ص ۳۰۸.

مطلب پنجم: منجرشدن مراعات خلاف به مشقت

در بیشتر مسائل فقه اختلاف وجود دارد که این حقیقت بیانگر آن است که اگر مکلف خواهان احتیاط بواسطه مراعات خلاف باشد در اینحالت « هیچ عبادت یا معامله یا امری از امور تکلیف بدون خلافی که خروج از آن مطلوب است وجود نخواهد داشت »^۱ و براین اساس ورع از جمله شدیدترین مشقت هایی خواهد بود که شریعت به ارمغان آورده است. به عبارتی دیگر، حاصل این نوع از ورع در مسائل خلاف عمل کردن به قول اشدّ است و تتبّع شداید و سختی های مذاهب از تتبّع رخصت های مذاهب از لحاظ مذموم بودن کمتر نیست. پس اگر تتبّع رخصت ها پسندیده نیست تتبّع احکام سخت و شاق نیز پسندیده نمی باشد زیرا آن سختگیری در دین است.^۲

نقد و بررسی اشکال پنجم:

ابن عرفه می گوید: « مقصود از اینکه مورد اختلاف جزو متشابهات است آن مورد اختلافی است که دلایل اقوال پیرامون آن برابر یا نزدیک بهم باشد که البته اکثریت مسائل فقه بدینگونه نیست و نسبت به کسی که توانایی فکر و تأمل در مسائل داشته باشد مسائل اندکی دارای چنین حالتی هستند و بنابراین موارد اختلافی متشابه در مسائل خلاف اندک می باشند. و در جواب شاطبی که ورع خروج از خلاف را از جمله شدیدترین ورع ها بشمار آورده است باید گفت که این اشکال از ناصحیح بودن مبنایی ناشی می شود که براساس آن چنین نتیجه ای گرفته شده یعنی اکثریت مسائل فقه جزو متشابه است که بطلان این مبنا هم ثابت و روشن است ».^۳

وجه و مبنای سخن ابن عرفه در مورد اینکه بیشتر دلایل مسائل فقه نزدیک بهم نیستند یعنی اکثریت مسائل خلاف، ضعیف می باشند روشن نیست. البته این سخن او نسبت به مجتهد می تواند

^۱ - الشاطبی، الموافقات، ج ۱، ص ۱۰۴.

^۲ - الوئرشیری، المعیارالمعرب، ج ۶، ص ۳۶۹.

^۳ - همان، ج ۶، ص ۳۸۱.

صادق باشد همانگونه که عبارت وی « افراد دارای مواد تأمل » نیز به همین حقیقت اشاره دارد اما نسبت به غیرمجتهد، اکثریت مسائل فقه دارای اختلاف نزدیک بهم است. او همچنین می گوید: عمل کردن به مورد اشدّ بر دو قسم است: ۱- عمل کردن به امر اشدّی که شارع الغای آن را تأیید کرده است مانند ایستادگی نفر در برابر ده نفر با علم و آگاهی از اینکه ایستادگی و مقاومت او هیچ سود و منفعتی بدنبال ندارد. ۲- عمل کردن به امر شاق و سختی که شارع نه تنها آن را ملغی نساخته بلکه اعتبار آن را تأیید کرده است که از میان این دو قسم، مورد اول سزاوار سرزنش و نکوهش است. و محل نزاع یعنی عمل کردن به قول اشدّ از میان اقوال همسان یا نزدیک بهم بخاطر ترس از خداوند متعال هرگز جزو قسم اول نمی باشد بلکه آن در زمره مواردی است که شارع عین یا جنس آن را معتبر دانسته است. و ابن عبدالسلام در فتاوی خود گفته است: اولی درحق مکلف التزام به امر اشد و احوط در دین است زیرا هرکس دین برایش عزیز و گرانبایه باشد به ورع و پرهیزگاری روی می آورد.»^۱

افزون بر آن، مراعات خلاف سختگیری در دین نیست بلکه آن در رتبه عمل به عزیمت ها است و عمل کردن به عزیمت در شریعت یک اصل است.^۲ دیگرآنکه در خروج از خلاف هیچگونه پیامد منفی وجود ندارد زیرا قائلان به مراعات خلاف رأی به وجوب آن نداده اند بلکه گفته اند آن مستحب است و گاهی مندوب بودن آن مؤکّد می گردد اما به درجه وجوب نمی رسد. همچنین در مراعات خلاف همیشه عمل کردن به قول اشدّ و احوط نیست بلکه در بسیاری اوقات مستلزم تیسیر و تساهل است همانگونه که در مسائل خلاف پس از وقوع این حقیقت کاملاً روشن است. درهرصورت در جواب این اشکال که از مهمترین اشکالات مطرح در باره مراعات خلاف است باید گفت که :

۱- همان مرجع، ج ۶، ص ۳۸۱.

۲- الشاطبی، الموافقات، ج ۱، ص ۳۰۰.

۱- قاعدهٔ استحباب مراعات خلاف اطلاق ندارد و خروج از هر خلافتی مطلوب نیست بلکه مقدار بی شماری از اختلافات بدلیل ضعیف بودن دلایل آنها فاقد اعتبار می باشند.

۲- احتیاط بواسطهٔ مراعات خلاف درجاتی دارد که درجهٔ مؤکد آن هنگامی است که دلایل نزدیک بهم باشد بگونه ای که احتمال صحت قول مخالف زیاد است و به همین دلیل است که شافعیّه پرهیز از بیوع « عینه » و قربانی « متروک التسمیه » را در زمرهٔ ورع مؤکد بشمار آورده اند زیرا دلایل مخالفان را بسیار قوی یافته اند.^۱ اما هرگاه مأخذ و مدرک مخالف ضعیف باشد گرچه حکم استحباب خروج از خلاف به قوت خود باقی است اما آن استحباب ضعیفی است بگونه ای که انجامش نیک است اما ترکش البته که ضرر و زیانی بدنبال ندارد.

۳- همه خلافات فقهی به تعارض میان ایجاب و تحریم یا ایجاب و اباحه یا تحریم و اباحه بر نمی گردد بلکه قسم دیگری از خلاف وجود دارد که ورع در مورد آن متصور نیست مانند اختلاف علما دربارهٔ افضل بودن حج قرآن یا تمتع یا افراد با اینکه همگان دربارهٔ صحت تمام موارد مذکور اتفاق نظر دارند^۲ یا اختلاف دربارهٔ صفت و کیفیت مسح سر که همه دربارهٔ مندوب بودن مسح تمام سر اتفاق نظر دارند^۳ به همین گونه است. در اینگونه اختلافات فقهی ورع منتفی است زیرا احتیاط خروج از خلاف هنگامی است که احتمال وقوع در حرام یا فوت واجب با انجام ندادن آن وجود داشته باشد. به عبارتی دیگر، احتیاط هنگامی است که احتمال وقوع در گناه وارد باشد حال آنکه اگر فقها دربارهٔ افضل و اولی بودن یک فعل یا صفت اختلاف کنند گناهی وجود ندارد تا شخص خواهان مراعات خلاف از آن پرهیز و خودداری کند.

۱- السبکی، الأشباه والنظائر، ج ۱، ص ۱۱۶. النووی، المجموع، ج ۴، ص ۴۱۹.

۲- ابن رشد، بدایة المجتهد، ج ۱، ص ۳۳۸.

۳- ابن رشد، بدایة المجتهد، ج ۱، ص ۱۵؛ النووی، روضة الطالبین، ج ۱، ص ۱۷۱.

۴- قاعده مراعات خلاف در تمام مذاهب وجود دارد و عمل براساس آن جزو برنامه عملی پیروان مذاهب فقهی است. بعنوان مثال پیرو مذهب شافعی به مسح تمام سر و ذکر تسمیه در هنگام شکار یا قربانی اقدام می کند با اینکه این موارد را واجب و لازم نمی داند یا پیرو مذهب مالکی با اینکه وتر را واجب نمی داند اما او به خواندن آن التزام دارد همانگونه که مضمضه و استنشاق در هنگام وضو را ترک نمی کند با اینکه در مذهب امام مالک انجام دادن آنها لازم و حتمی نمی باشد.

قاضی سند بن عثمان می گوید: « نماز پیروان مذاهب پشت یکدیگر بدین دلیل صحیح است که آنان اعتقاد دارند موارد اختلافی را انجام می دهند. بعنوان مثال، پیرو مذهب شافعی گرچه فقط مسح یک بار مو را واجب می داند اما او تمام سر را مسح می کند و پیرو مذهب حنفی گرچه قرائت فاتحه را فقط در یک رکعت واجب می داند اما آن را در هر رکعتی می خواند و به همین دلیل است که ابن قاسم گفته است: اگر بدانم کسی در دو رکعت آخر قرائت را ترک می کند پشت سرش نماز نمی خوانم».^۱

ابن قاسم مالکی بدین دلیل این مسأله را مطرح کرده که معمولاً پیروان مذاهب در دو رکعت اخیر، قرائت را بجا می آورند با اینکه برخی از مذاهب قرائت در دو رکعت آخر را واجب نمی دانند که ظرافت مسأله نیز در همین نکته نهفته است زیرا فقها علیرغم آنکه در اینگونه مسأله قایل به وجوب نمی باشند اما در بسیاری از این مسائل اختلافی، حکم سنت بودن آنها را اجرا کرده اند و به همین دلیل است که فقها هرگاه کتاب مختصری بمنظور آموزش و آشنا ساختن مردم به فقه تألیف می کنند مانند « منهاج » نووی یا « رساله » قیروانی یا « هدایه » مرغینانی آنان به ارائه شکی جامع و در برگیرنده تمام فرائض، سنت ها، مندوبات و از جمله مسائل احتیاط و خروج از خلاف باشد اهتمام می ورزند تا بدین ترتیب مردم آن را بطور کامل انجام دهند که این حقیقت بعنوان مثال درباره کیفیت طهارت و نماز بسیار واضح و روشن است.

۱- الونشریسی، ایضاح المسالك، ص ۶۴.

۵- خروج از هر خلائی امر شاق و دشوار نیست بلکه در برخی مسائل، شاق و دشوار و در برخی دیگر، دارای مشقت اندک و در برخی اساساً مشقت وجود ندارد. بعنوان مثال به تأخیر انداختن نماز جمعه به پس از زوال آفتاب بمنظور خروج از خلاف رأی قایل به بطلان نماز جمعه قبل از زوال یا خواندن نماز با طمأنینه، رعایت ترتیب در هنگام قضا کردن نمازهای فوت شده و ترک کردن استعمال عطر و خوشبو کننده ها در حالت احرام و موارد بسیاری دیگر، اعمال مشقت باری نمی باشند.

۶- ورع صفت است و برای تحقق صفت انجام آن بطور کامل و تمام شرط نیست بلکه برای تحقق آن صدق حداقل اسمی که برآن اطلاق می شود کفایت می کند و برای تحصیل رتبه ورع، پرهیز و خودداری از همه مسائل خلاف واجب نیست بلکه محتاط با خروج از خلاف در اکثر مسائل خلاف در زمره اهل ورع بشمار می آید و عمل کردن او براساس فتاوی مجتهد مورد تقلیدش در دیگر مسائل هیچ خدشه ای به ورع او وارد نمی سازد.

۷- درست است که مسائل اختلافی نسبت به مجموع فقه بی شمارند اما این حقیقت نسبت به هر مکلف متفاوت است بدین معنا که یک مکلف در خلال اعمال روزانه اش با تمام مسائل اختلافی روبرو نمی گردد. بعنوان مثال یک قاضی یا کارمند دولت کمتر با امور و شئون تجاری و خرید و فروش سروکار دارد و اختلاف پیرامون آنها اهمیت چندانی برای او ندارد و به همین دلیل متعرض مواضع ورع در آنها نمی گردد بلکه چه بسا زندگی یک مسلمان به سررسد و هیچکدام از مسائل خلائی برای او واقع نشود و انجام مسائلی چون شفعه، اقاله، هبه، توکیل در ازدواج، طلاق، خلع، رهن، مضاربه، شرکت، بیع فضولی، جعل، غصب، حج، زکات، اعتکاف و ... برای او فراهم نگردد. افزون برآن، بسیاری از مسائل و حوادثی که برای یک مکلف اتفاق می افتد همیشگی نمی باشند بلکه بطور نادر و در دفعات اندک اتفاق می افتد مانند ارث، اقرار و لعان و ... بنابراین شخص مکلف در مصاف با مواضع ورع بطورتدریجی گام برمی دارد و آن مسائل و اختلافات در زمان اندک انباشته

نمی گردند تا او نتواند از خلاف آنها خارج شود و بدین ترتیب اشکال مشقت بار بودن ورع خروج از خلاف دفع می گردد.

۸- دشوار بودن ورع نمی تواند دلیل رد آن باشد زیرا مشقت از خصوصیات تکلیف است و ورع از بهترین طاعت ها و عبادتهاست. پیامبر (ﷺ) می فرماید: « پرهیزگار باش تا عابدترین مردم باشی » و هرکس که خواهان دستیابی به درجات والا درعالم آخرت باشد بر او لازم است که در برابر مشقت های ورع، صبوری کند.

مطلب ششم: ثابت نشدن ورع مذکور در میان سلف

ابن الشاط می گوید: « این ورع خاص در نزد سلف صالح و تابعین ثابت نشده که آنان بدان عمل کرده اند بلکه در حدیث آمده است: « یارانم همچون ستارگان هستند به هرکدام اقتدا کنند رستگار و هدایت می شوید ». این حدیث هیچگونه قیدی درباره اقتدا کردن به آنان ذکر نکرده و اقتدا را بطور مطلق بیان کرده است و در آن به جنبه ورع در صورت بروز اختلاف میان صحابه هیچگونه اشاره نشده است ».^۱

نقد و بررسی اشکال ششم:

ابن عرفه از چند وجه به این اشکال جواب داده است. اومی گوید: « وجه اول اینکه از ویژگی ورع ستر و خفا است و آنچه در مظنه خفا است عدم نقل آن بر عدمش دلالت ندارد و هرآنچه که بدینگونه است عدم نقل هیچ عیب و ایرادی در عمل کردن بدان وارد نمی سازد. وجه دوم: در مدونه درباره مسأله پوست میته از امام مالک نقل شده که او از استعمال آن در آب پرهیز می کرده و امام مالک از نظر برخی، تابعی بشمار می آید همانگونه که ابن رشد در « البیان » گفته است و هرکس

۱- ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، ج ۲ ، ص ۱۴۱۰ ؛ المناوی ، فیض القدر ، ج ۵ ، ص ۶۷ ؛ الهیثمی ، مجمع الزوائد ، ج ۱۰ ، ص ۲۹۶.

۲- ابن الشاط ، ادرار الشروق ، ج ۴ ، ص ۱۶۴.

کتابهای مربوط به اخبار صحابه و تابعین را بررسی نماید به مجموعه ای از این موارد دست می یابد. وجه سوم اینکه از عدم وجود عدم صحت لازم نمی آید مادام که ثابت شده که آن مستلزم یک مصلحت شرعی است که شارع اعتبار عین آن را بدلیل حدیث «هرکس از شبهه ها پرهیز کند» یا جنس آن را بدلیل قول عمر - رضی الله عنه - نعمت البدعه هذ - تأیید کرده است»^۱.

افزون بر آن، درست است که هدایت از طریق اقتدا کردن به هر مجتهد با تقوا و پرهیزگار حاصل می گردد همانگونه که سبکی گفته است: «شافعی و مالک و ابوحنفیه و سفیان ثوری و سفیان ابن عیینه و احمد و اوزاعی و اسحاق و داود و سایر ائمه بر هدایت می باشند»^۲ و آن جزو قواعد اهل سنت بشمار می آید اما خروج از خلاف با حقیقت مذکور در تضاد نیست زیرا شخص محتاط به حقیقت پیشگفته اعتقاد دارد جز اینکه او بدنبال اجر و ثواب و تبرئه ذمه خویش است و روشن است که میان این دو تناقضی وجود ندارد.

مطلب هفتم: ثابت نشدن آن بوسیله سنت

برخی درباره افضلیت خروج ازخلاف تشکیک کرده و گفته اند: اولی و افضل بودن بوسیله سنت ثابت می گردد حال اگر مجتهدین بر دو قول اختلاف کنند: قول به حلیت و قول به تحریم و مراعات کننده خلاف، رعایت احتیاط کند و بخاطر بیم از واقع شدن در ورطه حرام از آن فعل پرهیز نماید در این صورت، فعل چنین شخصی سنت نخواهد بود زیرا قایل شدن به اینکه ثواب به آن فعل تعلق می گیرد و در ترک آن، عقاب و مجازات منتفی است قولی است که هیچکس بدان نگراییده است و پیشوایان فقه همانگونه که در این مسأله روشن است برخی قایل به حرمت و برخی دیگر قایل به اباحه هستند و بدین ترتیب افضل و اولی بودن این عمل برچه اساسی استوار می باشد؟^۳

^۱ - الونشریسی ، المعیار العرب ، ج ۶ ، ص ۳۸۰ - ۳۸۱ .

^۲ - السبکی ، جمع الجوامع ، ج ۲ ، ص ۴۲۳ .

^۳ - الزرکشی ، البحر المحیط ، ج ۶ ، ص ۲۶۵ .

نقد و بررسی اشکال هفتم:

در جواب این اشکال باید گفت که افضل و اولی بودن مراعات خلاف بخاط ثبوت سنت خاص در این باره نیست بلکه اولی و افضل بودن آن بخاطر عموم احتیاط و پاک و خالص نگهداشتن دین که خود امر مطلوب و پسندیده ای است می باشد و بنابراین قایل شدن به افضل بودن خروج از خلاف از حیث عموم ادله امری ثابت است و اعتماد کردن بدان از جمله ورع و پرهیزگاری است که شرعاً مطلوب می باشد. پس هرکس که به حلیت یک شیء اعتقاد داشته باشد و بخاطر بیم از واقع شدن در ورطه تحریم از آن پرهیز نماید او کارنیک و پسندیده ای انجام داده و ورع را پیشه خود ساخته است.^۱

مطلب هشتم: عدم امکان مراعات خلاف از حیث نیت

خلاف اگر بعنوان مثال میان ایجاب و استحباب دایر باشد خروج از آن از این حیث که قایل به وجوب بجا آوردن نیت وجوب و قایل به استحباب بجا آوردن نیت استحباب را لازم می داند مشکل خواهد بود و روشن است که جمع میان این دو هم ممکن نیست.

نقد و بررسی اشکال هشتم:

در جواب این اشکال باید گفت که تعیین نیت، شرط امتثال نیست. ابن عبدالسلام می گوید: «اگر مصلحت میان ایجاب و ندب دایر باشد احتیاط حکم می کند که آن بر ایجاب حمل شود زیرا در حمل آن بر ایجاب برائت ذمه حاصل و محقق می گردد. چه، اگر آن در نزد خداوند واجب باشد مصلحت آن حاصل شده است و اگر مندوب باشد هم مصلحت ندب و هم ثواب نیت واجب حاصل

^۱ - الفادانی، الفوائد الجنبه، ج ۲، ص ۱۷۵ - السبکی، الأشباه والنظائر، ج ۱، ص ۱۱۲؛ السيوطی، الأشباه والنظائر، ج

می‌گردد زیرا هرکس نیت انجام کار نیکی را بجا آورد اما آن را انجام ندهد یک ثواب برای او نوشته می‌شود.^۱

محل نزاع در این مسأله این است که اگر در وجوب یک شیء اختلاف شود و کسی که اعتقاد به وجوب آن نداشته باشد آن عمل را از باب احتیاط انجام دهد مانند حنفی اگر در هنگام وضو نیت وضو را بجا آورد و در قرائت فاتحه «بسمله» را بگوید آیا او در این حالت از خلاف خارج می‌شود و عباداتی که انجام داده به اتفاق دوماذهب صحیح است؟.

استاد ابواسحاق اسفراینی تصریح کرده که چنین شخصی از خلاف خارج نمی‌شود زیرا او براساس اعتقاد به وجوب آن را انجام نداده است. اما جمهورگفته‌اند: چنین شخصی بخاطر انجام فعل ازخلاف خارج می‌شود و حتی اگر مخالف در مذهب به او اقتدا کند نمازش نیز صحیح می‌باشد بعنوان مثال اگر پیرو مذهب شافعی تمام سرش را در وضو مسح کند و پشت سر مالکی نماز بخواند او به ظاهر از خلاف خارج می‌شود بویژه اگر این مسأله مورد توجه و اعتبار قرار بگیرد که مسلمان پیرو مذهب شافعی به اتفاق همگان نیت وضو را شروع کرده و آن نیت بر وفق مذهب مالکی مستلزم وجوب مسح تمام سر است و بنابراین مسح سر با نیت واجب حاصل و واقع شده است زیرا بخاطر قرار گرفتن تمام اعضای وضو در نیت مطلق و کلی، مجزاً کردن نیت برای هر عضو واجب نمی‌باشد. بنابراین اگر شافعی مذهب تمام سرش را مسح کند از خلاف مذهب مالکی خارج می‌شود حتی اگر به مندوب بودن مسح تمام سر اعتقاد داشته باشد.^۲

^۱- ابن عبدالسلام، قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۲۵.

^۲- الزرکشی، المنتوری القواعد، ج ۲، ص ۱۳۷-۱۳۹.

مبحث سوّم: ارکان مراعات خلاف

در این مبحث براساس تعریف برگزیده که همان اهمیت دادن و اعتبار بخشیدن به رأی مخالف بخاطر وجود مجوز شرعی است ارکان، شروط، حالات و حکم مراعات بررسی خواهند شد.

مقصود از ارکان آن قولی است که مجتهد یا مقلد از آن عدول می کند یا بدان می گراید که البته این عدول یا گرویدن به رأی مجتهد دیگر براساس مجوز شرعی که همان احتیاط یا تیسیر است انجام می گیرد و براین اساس ارکان مراعات سه تا است: ۱- قول منقول عنه ۲- قول منقول الیه ۳- مجوز شرعی.

دیگر آنکه مراعات خلاف همانند دیگر اصول و قواعد شرعی بمنظور اجرا و اعمال نیازمند تحقق شروطی است بگونه ای که با انتفای آن شروط قاعده مراعات خلاف اجرا نمی گردد. مقصود از شروط همان قوت دلیل مخالف، عدم وقوع در خلافی دیگر، عدم وقوع در محذور شرعی و منجر نشدن به نقض اجماع ضمنی است.

همچنین بیشتر قائلان به مراعات خلاف آن را از حیث فعل به یک حالت خاصی مقید نکرده اند و آن را چه قبل از فعل یا بعد از آن اجرا کرده اند زیرا از نظر آنان ضابطه مراعات خلاف قوت یا ضعف دلیل مخالف است که آن هم قبل یا بعد از فعل تغییر نمی کند اما در مذهب مالکیه بسیاری از فقیهان مالکی میان حالت قبل از وقوع و بعد از آن فرق قائل شده اند که بر این اساس مراعات خلاف دارای دو حالت است: ۱- قبل از وقوع فعل ۲- پس از وقوع فعل. افزون بر آن، گاهی حاکم به صدور حکم در مسائل اختلافی اقدام می کند و بدین ترتیب خلاف در مسأله را رفع می سازد که مراعات خلاف به این اعتبار دارای دو حالت است: ۱- قبل از حکم حاکم ۲- پس از حکم حاکم. گاهی هم حالاتی وجود دارد که اعمال و اجرای مراعات خلاف در آنها متعذر و منتفی می گردد که این خود دو گونه است: ۱- خلاف تضاد ۲- خلاف متعلق به حقوق.

در پایان این مبحث نیز حکم مراعات خلاف را با استناد به آراء و اقوال فقها روشن خواهیم کرد. البته ناگفته نماند که مقصود از حکم در اینجا همان حکم اصولی است بدین معنا که کدام حکم از

احکام خمس شامل مراعات خلاف می شود و بر آن صدق می کند و آیا این حکم می تواند متغیر باشد؟

گفتار اول: رکن اول: قول منقول عنه

مراعات خلاف دارای سه رکن است: ۱- منقول عنه ۲- منقول الیه ۳- مجوز شرعی که در آغاز رکن اول بررسی می گردد زیرا وجودش برای تحقق رکن دوم - منقول الیه - لازم و ضروری است و پس از آن رکن دوم و سرانجام رکن سوم بررسی خواهند شد.

رأی و قولی که از آن عدول می شود دارای دو حالت است: حالت اول این است که عدول کننده یا به عبارتی دیگر، مراعات کننده خلاف مجتهد باشد و مجتهد خود دو گونه است یا مجتهد مطلق یا مجتهد در مذهب. حالت دوم: این است که مراعات کننده خلاف مقلد است.

بند اول: حالت اول

در این حالت، مراعات کننده خلاف مجتهد است و مجتهد یا مطلق است یا مجتهد در مذهب. مجتهد مطلق کسی است که توانایی استنباط حکم از دلیل را دارد مانند چهار پیشوای اهل سنت - ابوحنفیه، مالک، شافعی، ابن حنبل و جعفر صادق و دیگر ائمه معاصر آنان. مهمترین خصوصیات یک مجتهد مطلق عبارتند از:

- ۱- اجرا و اعمال اصول و مبانی که اجتهاد خود را بر آن بنیان نهاده است.
- ۲- تبعیت از آیات و احادیث و آثار در جهت شناخت احکامی که قبلاً جواب آنها را داده است.
- ۳- اجتهاد در مسایل که قبلاً حکم آنها را مشخص نکرده براساس دلایل و قوانین و مقرراتی که عالمان اصول معین کرده اند.

حقیقت قولی که از آن عدول صورت گرفته در این سخن امام ابوحنیفه کاملاً مشخص است. او می گوید: «اگر مجتهد از روی عمد به رأی غیر از رأی خود حکم نماید آن حکم نافذ می گردد»^۱. البته اگر مسوئ و مجوز شرعی وجود داشته باشد. این قول ابوحنیفه بر این حقیقت دلالت دارد که او چه بسا از قول خود به قول مجتهد دیگری عدول کند و این انتقال و عدول تنها هنگامی صورت می گیرد که مجوز شرعی وجود داشته باشد. سرخی می گوید: «بنابر اصل ابوحنیفه اگر از نظر مجتهدی، مجتهد مخالف آگاهتر به شیوه و روش اجتهاد و از لحاظ علمی مقدم تر است در این صورت، از نظر و رأی خود به رأی آن مجتهدی که از اجتهاد قوی برخوردار است عدول می کند همانگونه که مقلد نیز رأی مورد عمل خود را بخاطر اینکه مفتی مجتهد از لحاظ علمی مقدم تر است و می گذارد»^۲.

امام مالک نیز درخواست هارون رشید مبنی بر واداشتن مسلمانان به عمل کردن براساس کتاب «موطأ» را نپذیرفت و به هارون رشید گفت: ای امیرمؤمنان، یاران پیامبر در فروع با یکدیگر اختلاف کرده اند و در مناطق و سرزمین های مختلف پراکنده شده اند و اختلاف عالمان برای این امت رحمتی از سوی خداوند است و هر مسلمانی از آن رأی و قولی که از نظرش صحیح است پیروی می کند و همه بر هدایت و صواب هستند»^۳.

گفتار امام مالک بیانگر این است که او قول مخالف را معتبر و شایسته ملاحظه می داند. افزون بر آن، ثابت شده است که امام شافعی پشت سر مالکی ها نماز خوانده است و روشن است که مالکی ها «بسمله» را در نماز قرائت نمی کنند حال آنکه در مذهب امام شافعی قرائت آن واجب است.^۴ این قیم نیز نقل کرده که امام شافعی در بسیاری جاها گفته است که آن قول را براساس تقلید از فلان

^۱- ابن عابدین، حاشیه رد المحتار، ج ۱، ص ۸۱.

^۲- السرخسی، اصول السرخسی، ج ۲، ص ۱۰۸.

^۳- ابوزهره، الامام مالک، ص ۲۲۹.

^۴- ابن تیمیّه، صفة اصول مذهب اهل المدینه، ص ۹۳.

شخص گفته ام همانگونه که گفته است «آن قول را براساس تقلید از عطاء گفته ام»^۱ همچنین او گفته است: من بخاطر رعایت احتیاط ترجیح می دهم که در سفر کمتر از سه روز نماز را قصر نکنم.^۲ و روشن است که مبنای این احتیاط مراعات قول مخالف است که معتقد است قصرنماز در مسافت کمتر از سه روز جایز نیست.

تمام این آثار بیانگر این است که امام شافعی بخاطر مجوّز شرعی از قول خود عدول کرده است. ماوردی می گوید: «اگر حاکم شافعی نتیجه اجتهادش به این رأی منجر شود که براساس مذهب ابوحنیفه حکم نماید آن جایز است»^۳ امام احمد نیز که معتقد است حجامت ناقض وضو است هنگامی که از او سؤال شد اگر امام بخاطر حجامت وضو نگیرد آیا پشت سرش نماز می خوانی؟ او در جواب گفت: سبحان الله! چگونه پشت سعید بن مسیب و مالک نماز نخوانم.^۴

این حکایت ها و آثار بر این حقیقت دلالت دارند که پیشوایان فقه و اهل اجتهاد از قول خود به قول مجتهد دیگر عدول و عمل کرده اند و روشن است که این عدول و انتقال هنگامی بوده که مسوّم و مجوّز شرعی وجود داشته است.

اما مجتهد در مذهب کسی است که توان استنباط احکام از ادله و قواعد امام خود را که شیوه و طریقه اجتهادی وی را پذیرفته است دارد و ممکن است در برخی احکام فقهی نیز با امام خود مخالفت کند مانند ابن قاسم و أشهب؛ دو شاگرد امام مالک، ابو یوسف و محمد؛ دو شاگرد ابوحنیفه، مُزنی و بویطی؛ دو شاگرد شافعی، خلّال و صالح؛ دو شاگرد احمد بن حنبل.

امام شاطبی می گوید: «عالمانی که به درجه اجتهاد رسیده اند مانند مالک، شافعی و ابوحنیفه پیروانی داشته اند که علم و دانش فقهی خود را از آنان فرا گرفته و در زمره اهل اجتهاد بشمار آمده

^۱ - ابن القیم، اعلام الموقعین، ج ۴، ص ۱۵۶.

^۲ - الزرکشی، البحر المحیط، ج ۶، ص ۲۶۵.

^۳ - السیوطی، الأشباه والنظائر، ج ۱، ص ۲۳۶؛ ابن ابوالدم، ادب القضاء، ص ۳۰۵.

^۴ - ابن قدامه، المغنی، ج ۱، ص ۱۱؛ ابن تیمیّه، صفة اصول مذهب اهل المدينة، ص ۷۴.

اند با اینکه آن شاگردان از نظر مردم، مقلد امامان خود در اصول و قواعد می باشند و بر مبنای مقدماتی که از آنان تقلید کرده اند اجتهاد می کرده اند. اقوال و آرای این شاگردان معتبر بشمار آمده و مورد عمل واقع شده اند با اینکه آنان در برخی از مسائل با امام خود مخالفت کرده و در برخی دیگر موافق آنان بوده اند مانند اقوال ابن قاسم و اشهب یا ابویوسف و محمد بن حسن با ابوحنیفه، مزنی و بویطی با شافعی که در خلافیات معتبر می باشد و اقوال آنان بدین دلیل معتبر بشمار آمده که آنان مقاصد شریعت در وضع احکام را فهمیده اند و گر نه اقدام آنان به اجتهاد و فتوا دادن جایز نمی بود و برای هیچکس از معاصران یا عالمان پس از آنان جایز نمی باشد که عمل آنان را تأیید کند و در برابر آن سکوت اختیار کند اما از آنجایی که هیچکدام از این موارد انجام نگرفته است خود بر این حقیقت دلالت دارد که آنان اهلیت و شایستگی اجتهاد و افتاء که بدان مبادرت ورزیده اند، داشته اند و اجتهاد آنان و دیگر عالمان همانندشان که به درجه فهم مقاصد شریعت رسیده اند صحیح و بدون اشکال است.^۱

بند دوم: حالت دوم

در این حالت، مراعات کننده خلاف، مقلد است و قوی که او از آن عدول کرده قول مجتهد و مقلدش است. فقیهان و بزرگان دین درباره صحت مراعات خلاف توسط مجتهد اتفاق نظر دارند زیرا مجتهد در مقام کاشف از مراد شارع و معرف احکام و آداب شرعی قرار دارد و از آنجایی که تعذر شناخت برخی از احکام نسبت به مجتهد قابل تصور است و در حکم دادن او براساس ظن احتمال خطا در برخی احکام جایز می باشد قاعده مراعات خلاف بنا بر مقتضای ضرورت، بعنوان راهکاری مناسب در جهت مبرا ساختن ذمه از عهده تکلیف و عدم مؤاخذه از سوی شارع در اختیار مجتهد قرار داده می شود. اما تعمیم این مراعات در مورد کسانی که به رتبه اجتهاد نرسیده اند محل اختلاف است و جای تأمل و بررسی دارد. برخی از متأخرین بطور جزم اعتقاد دارند که مراعات خلاف جزو

^۱ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۱۴.

شئون مجتهدین ناظر در ادله است بگونه ای که هرگاه دلیل مخالف از نظر آنان راجح باشد آن را اعمال می کنند و هرگاه راجح نباشد بدان توجهی نمی کنند. این رأی برخی از مالکیه از جمله ابوالحسن تسولی است.^۱

اما اکثریت فقها معتقدند که هرگاه امکان خروج از خلاف در هنگام قوت مأخذ و دلیل مخالف وجود داشته باشد خروج از خلاف بهتر از دخول در آن است خواه مراعات کننده خلاف مجتهد یا غیر مجتهد باشد زیرا وقوع شک در اصابت به حکم یا امثال و فرمانبرداری فراگیر و همگانی است و اختصاص به مجتهد ندارد و همین شک در اصابت به حکم یا امثال است که مکلفین را به عمل کردن به قاعده مراعات خلاف بمنظور مبرا ساختن ذمه بطور یقینی وا می دارد و از آنجایی که خصوصی ترین ویژگی مراعات خلاف - ورع و احتیاط در دین - است می توان چنین گفت که ورع فقط به مجتهد اختصاص ندارد بلکه آن مرتبه ای است که میان عالم و عامی و مجتهد و مقلد، مشترک است و مختص ساختن آن تنها به مجتهد از صواب و سخن حق به دور است. البته صحت قاعده مراعات خلاف نسبت به مقلد اطلاق ندارد زیرا مقلد تنها مسائل مورد ابتلا در خصوص امثال و فرمانبرداری را مراعات می کند واستخراج احکام از ادله شرعی به او مربوط نمی شود تا حکم مبنی بر مراعات خلاف را براساس آن تخریج نماید.

بنابراین می توان چنین گفت که در صورت نبود نص، اجتهاد اصل است و تقلید در صورت عجز از اجتهاد، فرع است و در هر مسأله ای که قایل به صحت آن از طریق اجتهاد باشیم باید در همان مسأله نیز قایل به صحت آن بواسطه تقلید در هنگام عجز از اجتهاد باشیم. مقلد بنا به مقتضای دلیل قولی که بدان عدول کرده عمل می کند و آن قول ناچار باید مستند به دلیل باشد. دیگر آنکه مسلمان

^۱ - التسولی، البهجة شرح التحفة، ج ۱، ص ۱۹.

ملزم به تبعیت از مذهب معین نیست^۱ بلکه جایز است که برخلاف مذهب خود عمل کند مادامی که مجور و مسوع وجود داشته باشد.

از نمونه های این حالت حکایتی است که شاطبی در موافقات ذکر کرده است. براساس این حکایت، موسی بن معاویه گفته که در نزد بهلول بن راشد بودم که مردی وارد شد و این مسأله را مطرح کرد که مردی مورد ظلم و ستم و تعدی از سوی حاکم قرار گرفته بود و من آن شخص را در نزد خود مخفی کردم و سه بار سوگند به طلاق زخم خوردم که او را مخفی نکرده ام. بهلول در جواب گفت: بر اساس رأی امام مالک سوگندش شکسته می شود. آن مرد گفت: من این را می دانم اما بدنبال رأی دیگری هستم. بهلول گفت: غیر از قولی که شنیدی سخن دیگری ندارم. موسی بن معاویه می گوید: آن مرد سه بار به نزد بهلول آمد و رفت کرد و بهلول در هر بار همان جواب را تکرار می کرد که در بار سوم یا چهارم گفتم: ای فلانی! در حق مردم رعایت انصاف نکردی. هرگاه مردم راجع به مسایل و مشکلات خود به نزد شما می آیند می گوئید: مالک گفته است اما هرگاه مسأله ای برای شما اتفاق بیفتد بدنبال یافتن رخصت می روید. حسن بصری می گوید: سوگند چنین شخصی شکسته نمی گردد که در این هنگام شخص سؤال کننده با خوشحالی گفت: الله اکبر، مسئولیت این فتوا برعهده حسن بصری است و من عهده دار آن نیستم.^۲

در این مثال همانگونه که ملاحظه می شود قولی که از آن عدول شده قول امام مالک است که مقلد - سؤال کننده - به تقلیدش می پرداخت اما با این حال او از قول امام مالک به قول حسن بصری عدول و عمل کرده است.

بنابراین هرگاه مکلف به وجود تکلیف و متوجه بودن خطاب به او علم داشته باشد و احتمالات تکلیف از حیث مجزی بودن در اسقاط مطالبه را بداند مانند اینکه از یک مفتی از اهل ترجیح خارج

^۱ - ابن عابدین ، حاشیه رد المحتار ، ج ۱ ، ص ۸۱

^۲ - الشاطبی ، موافقات ، ج ۴ ، ص ۱۳۵-۱۳۶.

از مذهب خود سؤال کند در این حالت مراعات خلاف در حق او جایز است. افزون بر آن، از جمله دلایلی که جواز مراعات خلاف توسط مقلد را تقویت می بخشد این است که در خروج از خلاف توسط مجتهد نوعی تقلید وجود دارد. و اکثریت فقها گرچه به جواز مراعات خلاف توسط مقلد تصریح نکرده اند اما این جواز از نحوه عملکرد و رفتار آنان فهمیده می شود مانند قول آنان در باره استحباب خروج شخص حنفی از خلاف دیگر مذاهب در ترتیب وضو یا استحباب خروج شافعی از خلاف با انجام مضمضه و استنشاق در هنگام غسل و استحباب خروج مالکی از خلاف با قرائت «بسمله» در هنگام خواندن فاتحه در نماز و نمونه های بیشمار دیگری که بر حقیقت پیشگفته دلالت دارند.^۱ دیگر آنکه تصرفات و رفتار پیروان مذاهب بر حقیقت پیشگفته دلالت و تأکید دارد. بعنوان مثال، پیرو مذهب حنفی گرچه به وجوب ترتیب در وضو اعتقاد ندارد اما او ترتیب مذکور را رعایت می کند بلکه حتی عدم رعایت ترتیب که در مذهبش صحیح است برای یکبار انجام نمی دهد و پیروان دیگر مذاهب نیز بدینگونه رفتار می کنند و از هیچکس نقل نشده که اعمال و افعالی که براساس احتیاط و مراعات خلاف انجام می شود باطل و بی اعتبار است.

خلاصه سخن این است که مراعات کننده خلاف سه حالت دارد:

- ۱- مراعات کننده خلاف، مجتهد است که در این حالت خلاف را بطور مطلق قبل از وقوع و پس از آن مراعات می کند.
- ۲- مراعات کننده خلاف حکم مجتهد دارد مانند شخص متبع که توان نظر و تأمل در ادله را دارد. این شخص حکم مجتهد دارد جز اینکه مراعات خلاف توسط او در حالت پس از وقوع به تصرفات قاصر، مقید و محدود می گردد مانند عبادات. زیرا تصرفات متعددی به پشتوانه اجرایی که آن هم غالباً بر رأی مجتهد یا قاضی یا حاکم متوقف است نیاز دارد.

^۱ - الزركشي، المتورفي القواعد، ج ۲، ص ۱۳۳.

۳- مراعات کننده خلاف مقلد است که مراعات خلاف توسط او به حالت امتثال و فرمانبرداری اختصاص دارد چه قبل از وقوع یا پس از وقوع مادامی که مفتی یا ترجیح کننده فتوایی بر اساس رعایت خلاف برای او صادر کرده باشد.

گفتار دوم: رکن دوم: قول منقول^۱ الیه

قولی که بدان انتقال یا عدول می شود یا قول مخالف است یا قولی که با قول مخالف از لحاظ حکم نزدیک است. امام شاطبی می گوید: « دلایل دو قول باید بگونه ای متعارض باشد که اقتضای هر کدام برخلاف اقتضای دیگری باشد و دادن مقتضای هر کدام از آنها یا جزئی از مقتضای آنها به یکدیگر همان مراعات خلاف است »^۱.

این رکن نیز دارای دو حالت است که شرح هر کدام از آنها به قرار زیر است :

بند اول: حالت اول

براساس رأی شاطبی یعنی « دادن مقتضای هر کدام از دو دلیل به یکدیگر » رأیی که به آن عدول می شود - منقول^۱ الیه - همان قول مخالف است که در این حالت حکم هر یک از دو قول متعارض به دیگری داده می شود بدینگونه که مجتهد از قول خود به قول مجتهد دیگری عدول می کند و مقلد نیز از قول مقلدی که به تقلیدش می پرداخته به قول مجتهد دیگری عدول می کند و در هر دو حالت، عدول به قول مخالف انجام گرفته است. به عبارتی دیگر، مجتهد مقتضای رأی معارض را به رأی خود داده و بدان عدول و عمل کرده است و مقلد نیز حکم قول معارض - مخالف - را به قول مقلدش داده و بدان عدول کرده و به تقلیدش پرداخت است. بعنوان مثال، ابن مسعود - رضی الله عنه - با اینکه حضرت عثمان - رضی الله عنه - را بخاطر اینکه او نمازش در « منی » بطور کامل یعنی چهار رکعتی خوانده مورد سرزنش قرار داد اما با این حال او در پشت حضرت عثمان نماز خواند و

^۱ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۵۱.

هنگامی که از علت این عمل از او سؤال کردند او گفت: «خلاف نشر است».^۱ در حاشیه ابن عابدین نیز آمده است که «برخی از اصحاب ما به قول امام مالک فتوا می داده اند».^۲ در حاشیه دسوقی و الشرح الکبیر نیز چنین آمده است: از جمله اوقاتی که خواندن نماز نافله در آن، حرام است وقت خواندن نماز خطبه جمعه است.^۳ اما اگر نمازگزار در روز جمعه از روی فراموشی یا جهل به خواندن نماز نافله در آن وقت اقدام کند و امام در حال خواندن خطبه باشد نمازش را نباید قطع کند بخاطر مراعات مذهب شافعی که گفته شایسته است برای شخص در هنگام ورود به مسجد دو رکعت نماز بخواند حتی اگر خطیب در حال خواندن خطبه باشد.^۴

حالت دوم: حالت دوم

در این حالت رأیی که بدان عدول می شود از لحاظ حکم نزدیک به قول معارض - مخالف - است بدینگونه که مراعات کننده - عدول کننده - خلاف رأیی را که بدان عمل می کرده ترک می گوید و به قولی نزدیک به قول معارض از لحاظ حکم عدول و عمل می کند و چه بسا مقصود شاطبی از عبارت «أو بعض ما يقتضيه الآخر» همین باشد. ابن عرفه نیز در تعریف خود از مراعات خلاف بطور ضمنی به همین مسأله اشاره داشته است. او می گوید: «مراعات همان اعمال دلیل در لازم مدلولش که در نقیض آن، دلیل دیگری اعمال شده است».^۵ مقصود ابن عرفه از عبارت «در لازم مدلولش» برخی از لازم یا تمام لازم است که تمام لازم همان قول معارض است و جزئی از لازم همان قول نزدیک به قول معارض در حکم است.

۱- الندوی، القواعد الفقهیه، ص ۳۳۶؛ الزرکشی، المتونوفی القواعد، ج ۲، ص ۱۲۸.

۲- ابن عابدین، حاشیه رد المحتار، ج ۳، ص ۵۵۹، ج ۴، ص ۴۸۶؛ ابن نجیم، البحر الرائق، ج ۴، ص ۲۲۱.

۳- الدسوقی، حاشیه الدسوقی، ج ۱، ص ۱۸۷.

۴- الشربینی، مغنی المحتاج، ج ۱، ص ۲۸۸؛ الدسوقی، حاشیه الدسوقی، ج ۱، ص ۱۸۷.

۵- النوشیسی، المعیارالمعرب، ج ۶، ص ۳۷۸.

مفهوم تعریف ابن عرفه این است که به هریک از دو قول متعارض جزئی از آثار یکدیگر داده می شود بدینگونه که اگر قوی که بدان عدول شده از نظر مجتهدی انجام دادنش بطور غیر جزم مطلوب است به مراعات آن اقدام کند و بدین ترتیب او به رایی نزدیک به قول معارض در برخی از مقتضای آن، عدول کرده است. هردو قول متعارض و قول نزدیک به آن که بدان عدول شده مورد طلب و اذن و قصد شارع می باشند اما شارع فعل معارض را بطور جزم و فعل نزدیک به قول معارض را بطور غیر جزم طلب کرده است یا اینکه قوی که بدان عدول شده ترک کردن آن از نظر مجتهد بطور جزم مطلوب شارع است و مراعات کننده خلاف با رعایت حداقل درجات ترک و با این ملاحظه که ترک آن فعل از نظرش بطور غیر جزم خواسته شده است به ترک آن فعل اقدام می کند که در این حالت او به رایی نزدیک به آن قول معارض در برخی از مقتضای آن از لحاظ طلب ترک و پرهیز از فعل، عدول کرده است. در این حالت قول معارض و قول نزدیک به آن، هردو ممنوع بوده و شارع از آن نهی کرده است اما نهی شارع از فعل معارض بطور جزم و نهی از فعل نزدیک به فعل معارض بطور غیر جزم است. برای فهم بیشتر مطالب پیشین با چند مثال توضیح داده می شوند.

در مذهب شافعی خوردن گوشت قربانی که نام خداوند بر آن ذکر نشده جایز و حلال است اما بخاطر مراعات خلاف ابوحنیفه که معتقد است خوردن حیوانی که نام خداوند بطور عمد بر آن ذکر نشده حرام است گوشت چنین شکار یا قربانی را مکروه دانسته اند و گفته اند که بهتر آن است که خورده نشود.^۱ یا در مذهب مالکی گفتن «بسمله» در آغاز فاتحه در هنگام نماز مندوب است^۲ بخاطر مراعات خلاف شافعی که معتقد است گفتن «بسمله» بطور وجوب مطلوب است^۳ که همین قول شافعی قول معارض است و قول نزدیک بدان همان مندوب بودن گفتن «بسمله» در هنگام

^۱ - النوی، المجموع، ج ۹، ص ۴۱۹؛ النوی، روضة الطالبین، ج ۲، ص ۴۷۳.

^۲ - الدسوقی، حاشیة الدسوقی، ج ۱، ص ۲۵۱.

^۳ - الشربینی، مغنی المحتاج، ج ۱، ص ۱۵۷، الفزنوی، الفرة المنیقة، ص ۴۱.

قرائت فاتحه در مذهب مالکی بنا بر مراعات خلاف است و روشن است که اگر مراعات خلاف مورد ملاحظه قرار نگیرد و شخص مالکی «بسمله» را نگوید نمازش باطل بشمار نمی آید.^۱ اما مثالی که برای رأی نزدیک به قول معارض در طلب ترک می توان ذکر کرد همان مکروه بودن خوردن گوشت میمون در مذهب مالکیه است.^۲ بخاطر مراعات خلاف شافعیه که معتقدند خوردن گوشت میمون حرام است.^۳

رأی معارض در این مثال همان رأی شافعیه است که معتقد به حرمت خوردن گوشت میمون هستند و قول نزدیک بدان همان قول مالکیه است که قایل به کراهت خوردن گوشت میمون بخاطر مراعات خلاف شافعیه می باشند زیرا هر دو قول از حیث طلب ترک نزدیک به هم هستند. طلب ترک از نظر شافعیه بطور جزم است اما از نظر مالکیه طلب ترک بطور مطلق است و از باب کراهت است بخاطر مراعات خلاف زیرا رأی اظهر در مذهب مالکیه این است که خوردن گوشت میمون مباح است.^۴ بدلیل عموم آیه شریفه: (قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ...) [انعام/۱۴۵] که شامل گوشت میمون نیز می شود و دلیلی در باره حرام یا مکروه بودن گوشت میمون وارد نشده است. بنابراین قول به کراهت گوشت میمون در مذهب مالکیه براساس مراعات خلاف قایلان به حرام بودن گوشت میمون تخریب شده است.

گفتار سوم: رکن سوم: مجوز شرعی

مجوز شرعی مراعات خلاف یا عام است یا خاص.

^۱ - الدسوقی، حاشیه الدسوقی، ج ۱، ص ۲۵۱.

^۲ - همان مرجع، ج ۲، ص ۱۱۸.

^۳ - همان مرجع، ج ۲، ص ۱۱۸.

^۴ - الدسوقی، حاشیه الدسوقی، ج ۲، ص ۱۱۸.

بند اول: مجوز عام

مقصود از مجوز عام مراعات خلاف همان دلایل و قواعد کلی شریعت است که بر نفی اختلاف بطور مطلق دلالت دارند و در مقدمات این تحقیق بطور مفصل بحث گردیده است اما آنچه که در اینجا شایسته ذکر می باشد این است که چنین به نظر می آید که شریعت با وجود اختلاف فراوان در جزئیات و فروع و نیز در اصول، به یک قول برمی گردد. خداوند متعال می فرماید: (أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْآنَ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا) [نساء / ۸۲].

در این آیه اختلاف بطور مطلق از شریعت نفی شده است. دیگر آنکه شارع قصد وضع دو حکم متناقض در مورد یک شیء را ندارد و در عالم واقعیت و نفس امر او خواهان یک حکم است و بر این اساس می توان گفت که در شریعت اختلاف وجود ندارد و آن بر وفق یک دلیل و یک مأخذ و یک قول است و تقسیم مجتهدین به دو گروه مخطی و مصیب نیز بر این حقیقت دلالت دارد. پیامبر (ﷺ) می فرماید: «اگر حاکم اجتهاد کند و حکم نماید اگر به حق اصابت کند دو اجر بهره می برد و اگر به حق اصابت نکند و اجتهادش به خطا رود یک اجر می برد». ^۱ و فقها نیز بر همین اساس و مبنا گفته اند: مذهب ما صواب و محتمل خطا است و مذهب مخالف خطا اما محتمل صواب است و جایز است که حق در جهت قول مخالف باشد. ^۲ و مجتهد اگر رأی مخالف را جایز بداند و در مأخذ و دلیل آن نظر کند و آن را محکم و موجه بیابد شایسته است که آن خلاف را به نوعی مراعات کند ^۳ زیرا حق متعین نیست و به همین دلیل است که اختلاف در مسائل اجتهادی غیر قابل انکار و سرزنش است زیرا هر کدام از مجتهدین پس از بکارگیری تلاش در جهت دستیابی به مقصود شارع که یکی

^۱ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۱۸.

^۲ - مسلم، صحیح مسلم، ج ۵، ص ۱۳۱؛ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۷۷۶؛ ابن حنبل، المسند، ج ۴، ص

^۳ - الجرجانی، التعریفات، ص ۱۷۶؛ ابن عابدین، حاشیه ردالمحتار، ج ۱ ص ۵۱؛ القنوجی، ابجد العلوم، ج ۲، ص ۴۰۲.

^۴ - الزرکشی، المنثور فی القواعد، ج ۲، ص ۱۲۸؛ الندوی، القواعد الفقهیه، ص ۳۳۸.

است از دلیلی تبعیت و پیروی کرده که گمان می کند آن موافق قصد شارع است و اختلاف در شریعت در حقیقت به اختلاف مجتهدین در آراء و انظار که البته متفاوت است بر می گردد اما با این حال همه آن آراء پیرامون یک قول که همان قصد شارع از نظر مجتهد است دور می زند.^۱ و به همین دلیل است که همه آن مجتهدین از نظر شریعت و در جهت طلب موافقت با قصد شارع مجتهد بشمار می آیند حتی اگر دیدگاهها و آرای آنان متفاوت باشد زیرا شریعت در جهت خارج ساختن مکلف از خواسته های نفس وضع شده است.^۲ و انتقال و عدول از یک رأی شرعی به رأی شرعی دیگری خارج از دایره عمل کردن براساس هوای نفس است بلکه این عدول و انتقال در دایره شرع قرار دارد و براساس قوانین و مقرراتی که شرع آن را ترسیم نموده انجام می گیرد.

بند دوم: مجوز خاص

مجوز خاص مراعات خلاف یا احتیاط است یا تساهل و تسامح. بررسی و مطالعه شواهد فقهی موجود در لابلای کتب فقهی مذاهب مختلف که براساس مراعات خلاف تخریج شده اند بیانگر این است که مجوز مراعات خلاف به احتیاط و تیسیر و تساهل برمی گردد و روشن است که احتیاط و تیسیر از جمله مقاصد شرعی مورد اتفاق همه فقها است و در مقاصد شرعی تعارض راه ندارد زیرا همگان اتفاق نظر دارند که در شریعت اختلاف و تناقض راه ندارد.

احتیاط و تیسیر بعنوان دو مجوز شرعی مراعات خلاف و وجه استناد آن به احتیاط و تیسیر و تساهل از آنجایی که در مبحث دلایل قائلان به مراعات خلاف بطور مفصل بررسی شده است و تکرار آن در اینجا به اطناب سخن می انجامد لذا از طرح و بررسی مجدد آن خودداری شده است.

^۱ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۲۸.

^۲ - همان مرجع، ج ۴، ص ۱۳۱.

مبحث چهارم: شروط مراعات خلاف

مراعات خلاف مانند سایر اصول و قواعد دارای ضوابط و شروط مشخص می باشد جز اینکه این شروط در لابلای کتب قواعد فقه و اصول پراکنده و نا مرتب هستند و ابهام و پیچیدگی بسیاری بر آن سایه افکنده است. و عالمانی که به بحث مراعات خلاف پرداخته کمتر متعرض شروط آن شده اند که همین مسأله مستلزم جمع آوری شروط مذکور و مشخص ساختن آنها می باشد تا بدین ترتیب مراعات خلاف منضبط شده و شمول آن نسبت به سایر ابواب فقه آسان و روان گردد.

افزون بر آن، هر خلافی معتبر نبوده و خروج از آن مستحب نیست و به همین دلیل قائلان به مراعات خلاف درباره شرط اساسی مراعات خلاف اتفاق نظر دارند. مفهوم این شرط آن است که مأخذ و دلیل رأی مخالف دارای نوعی قوت باشد بگونه ای که بی پایه و در نهایت ضعف و سستی نباشد. گرچه مهمترین شرط قاعده همان شرط پیشگفته است اما قائلان به مراعات خلاف شروط دیگری نیز برای آن ذکر کرده اند که شرح آنها به قرار زیر است:

گفتار اول: قوت دلیل

مأخذ و دلیل مخالف باید بگونه ای باشد که در زمره خطا و شاذ بشمار نیاید چه، اگر دلیل مخالف، ضعیف و از مأخذ و دلایل شرع به دور باشد آن در زمره خطا و لغزش نه خلافیات اجتهادی

می آید و بر همین اساس است که خلاف ابوحنیفه بنا به روایت منقول از او در باره بطلان نماز بخاطر بالا بردن دستها و همچنین رأی او مبنی بر عدم اجرای حد در قتل یوسیلۀ « مقل » و در نظر گرفتن آن بعنوان شبهۀ دافع حد، و نیز قول منقول از عطاء بن ابی رباح در مورد مباح بودن همبستر شدن با کنیزان بوسیله عاریه، غیر قابل مراعات است.^۱ زیرا دلیل تمام این اقوال ضعیف و

^۱ - السبکی، الأشباه والنظائر، ج ۱، ص ۱۱۳؛ الزركشي، المنتور فی التواعد، ج ۲، ص ۱۳۰.

سست است. اما درمسائل خلاف دارای مأخذ و دلیل آشکار و روشن شایسته و مستحب است که خلاف مراعات گردد مانند بهتر بودن روزه گرفتن در سفر نسبت به کسی که طاقت و توان روزه را دارد بخاطر خروج از خلاف قائلان به وجوب روزه در سفر و به قول داود ظاهری که قائل به عدم صحت روزه در سفر است نباید توجه کرد.^۱ زیرا در مذهب شافعی شخص اگر با روزه گرفتن دچار ضرر و زیان شود روزه نگرفتن در حق او بهتر است اما اگر خوف تلف نفس یا عضو یا تلف منفعت وجود داشته باشد روزه گرفتن حرام است اما اگر شخص با روزه گرفتن دچار ضرر و زیان نمی گردد روزه گرفتن بهتر است زیرا با روزه گرفتن ذمه شخص بری می شود و وقت عبادت یعنی ماه رمضان بدون عبادت سپری نشده و دیگر آنکه پیامبر (ﷺ) در بیشتر سفرها روزه می گرفته است و خداوند نیز فرموده است: (وَأَنْ تَصُومُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ) [بقره/ ۱۸۴]. منوط ساختن اعتبار خلاف به قوت مأخذ و دلیل بیانگر این است که محل نظر و ملاحظه خود مجتهدان نیست بلکه قول و دلیل آنان از لحاظ ضعف و قوت شایسته اعتبار و توجه است حتی اگر مجتهد مخالف در رتبه ای پایین تر قرار داشته باشد. دیگر آنکه دشوار بودن درک مأخذ در برخی احوال و بشمار آمدن آن جزو امور اضافی و نسبی هیچ خللی به حقیقت مذکور وارد نمی سازد. سبکی می گوید: «قوی و ضعیف بودن مدرک جزو اموری است که برخی افراد می توانند بدان احاطه داشته باشند. ضعف و قوت گاهی با اندکی نظر و تأمل آشکار و نمایان می گردد و گاهی نیاز به تأمل و تفکر طولانی دارد و اینجا است که درباره اعتبار آن بخاطر قوی یا ضعیف بودن مدرک، اختلاف پدید می آید».^۲

در اینجا ممکن است این سؤال مطرح شود که اگر قوی بودن مدرک یک امر اعتباری است پس ضابطه آن چیست؟ در جواب باید گفت که مقصود از قوت مدرک آن است که موجب توقف ذهن در نزد آن گردد و ذهن انسان فرهیخته بدان متمایل شود. وقوت مدرک و مأخذ با نزدیک بودن ادله

^۱ - السیوطی، الأشباه والنظائر، ج ۱، ص ۲۹۹؛ الفوائد الجنية، ج ۲، ص ۱۸۲.

^۲ - السبکی، الأشباه والنظائر، ج ۱، ص ۱۱۳.

منضبط می گردد بدینگونه که رأی مخالف آنچنان به دور از مآخذ و دلایل شرع نباشد و جزو مواردی که حکم آنها نقض می گردد بشمار نیاید زیرا اگر جزو موارد نقض حکم باشد آن فاقد اعتبار خواهد بود که این ضابطه در نهایت دقت و ظرافت است. قرافی می گوید: «اگر ادله نزدیک به هم باشد خروج از خلاف مستحب است اما اگر دلیل یکی از دو مذهب بسیار ضعیف باشد بگونه ای که اگر حاکمی بدان حکم کرده باشد آن حکم نقض می گردد در این حالت رعایت ورع در مورد آن شایسته نمی باشد زیرا ورع خروج از خلاف هنگامی نیک و پسندیده است که بتوان آن رأی را یک رای شرعی بشمار آورد».^۱

ابن عبدالسلام نیز می گوید: «در سایر خلاف اگر ادله نزدیک بهم باشد بگونه ای که قول مخالف آنچنان بدور و ضعیف نباشد خروج از اینگونه خلاف بخاطر بر حذر ماندن از اینکه مبدا صواب در جانب مخالف باشد مستحب است و شرع همانگونه که در ترک محرمات و مکروهات رعایت احتیاط کرده در انجام واجبات و مندوبات نیز احتیاط را رعایت کرده است».^۲

خلاصه سخن این است که خلاقی معتبر و شایسته مراعات است که جزو موارد ظنون و محل اجتهاد باشد بگونه ای که میان اطراف آن از جهت ثبوت دلایل یا از جهت مقتضیات آن دلایل یا از جهت اینکه کدامیک مقصود شارع را محقق می سازد، تردید حاصل گردد و بنابراین هرخلاقی که جزو این موارد نباشد بکارگیری دلیل شرعی در مورد آن واجب است و خلاف شاذ و ضعیف بدلیل ضعیف بودن و سستی مآخذ نیازی به نقد و رد ندارد.

^۱ - القرافی، الفروق، ج ۴، ص ۱۶۵.

^۲ - ابن عبدالسلام، قواعد الأحكام، ج ۱، ص ۳۶۹.

گفتار دوم: منجر نشدن به محذور شرعی

از دیگر شروط استحباب مراعات خلاف این است که به محذور نینجامد. سبکی می گوید: «اگر مراعات خلاف به محذور منجر گردد نیاز به قوت دلیل دارد بگونه ای که اگر منجر به محذور نشود به آن قوت نیاز پیدا نمی کرد پس اگر مراعات خلاف به محذور منجر نگردد چه بسا خروج از خلاف با وجود ضعف دلیل رعایت شود حال آنکه اگر به محذور منجر گردد آن دلیل ضعیف نمی تواند مورد استناد و توجه قرار بگیرد و از همین جا است که خلاف، قوت و شدت می یابد با آنکه آن حجت و دلیل شرعی بشمار نمی آید»^۱.

گفتار پیشین سبکی بیانگر این است که چه بسا به کمترین درجات قوت در مأخذ مخالف اکفا شود و آن هنگامی است که خروج از خلاف به محذور شرعی نینجامد و گاهی مدرک مخالف قوی است و معتبر بشمار آوردن آن به محذور شرعی می انجامد که در این حالت آن خلاف معتبر می باشد اما جهت محذور که به خاطر قوت این خلاف، ضعیف گردیده معتبر بشمار نمی آید. بعنوان مثال، کسی که دایم السفر است خواندن نماز بطور کامل نسبت به او بهتر از قصر کردن نماز است بخاطر مراعات قول برخی از فقها که گفته اند قصر کردن نماز در این حالت جایز نمی باشد با اینکه این قول به ترک سنت قصر منجر می گردد اما چونکه آن به ترک سنت بطور مطلق نمی شود و فقط در این حالت نادر که چه بسا سنت قصر شامل آن نشده باشد به ترک قصر نماز منجر می گردد آن قول مورد مراعات قرار گرفته است.^۲

بطور کلی خلاف اجتهادی نباید به محذورات شرعی زیر منجر گردد:

۱- السبکی، الأشباه والنظائر، ج ۱، ص ۱۱۷.

۲- الفادانی، الفوائد الجنية، ج ۲، ص ۱۸۷.

بند اول: عدم مخالفت با قرآن

فقه‌ها گرچه درباره نقض اجتهاد مخالف قرآن اتفاق نظر دارند اما بسیاری از اصولیین اجتهاد مخالف قرآن را به حکم قرآنی قطعی الدلالة مقید کرده اند^۱ ولی برخی دیگر نقض اجتهاد مخالف قرآن را شامل حکم قرآنی ظنی الدلالة نیز دانسته اند مادامی که دلالتش آشکار و روشن باشد.^۲ و چنین بنظر می آید که قول صواب نیز همین است زیرا دست یافتن به دلالت قطعی در بسیاری احکام امر دشواری است. افزون بر آن، در مخالفت با قرآن کریم حتی اگر ظنی الدلالة باشد بیم ستیزه جویی و عناد با خداوند متعال وجود دارد بویژه اگر مأخذ و دلیل شرعی برای این مخالفت در میان نباشد. دیگر آنکه امت اسلام در باره وجوب عمل به قرآن کریم حتی اگر دلالت برخی از آیات آن، ظنی باشد اتفاق نظر دارند و هیچکس جواز عمل به آیات و دلایل قرآنی را به دلایل قطعی الدلالة مشروط نکرده است. بنابراین هر اجتهادی که مخالف دلیل قرآنی باشد و دلالت آن دلیل بطور نصّ و قطع یا ظاهر و آشکار یا از مستند مجتهد قویتر و آشکارتر باشد و آن دلالت نسخ یا تخصیص نخورده باشد آن اجتهاد نقض می گردد.

بند دوم: عدم مخالفت با سنت

آنچه که در باره قرآن کریم گفته شد درباره سنت متواتر نیز صادق است اما در مورد خبر واحد، برخی از عالمان به عدم نقض اجتهاد مخالف با خبر واحد تصریح کرده اند زیرا خبر واحد ظنی است و ترک عمل به خبر واحد بمنزله حکم دادن به رد خبر بشمار نیاورده اند بلکه ترک عمل به آن را بخاطر احتمالات دیگری اسناد داده اند.^۳

^۱ - الآمدی ، الأحکام ، فی اصول الأحکام ، ج ۲ ، ص ۴۲۹.

^۲ - السبکی ، جمع الجوامع ، ج ۲ ، ص ۳۹۱.

^۳ - الغزالی ، المستصفی ، ج ۲ ، ص ۱۹۸.

حقیقت این است که خبر واحد هرگاه ثابت گردد و سندش صحیح باشد و از عوارض نسخ و تخصیص به دور باشد حکم مخالف آن نقض می گردد^۱ زیرا ضرورتاً چنین فهمیده می شود که ثبوت فقط به تواتر محدود نمی گردد و عمل تنها بر وجود قطع متوقف نمی باشد. افزون بر آن، سنت متواتر نسبت به اخبار آحاد بسیار اندک است و اگر رأی مخالف با سنت آحاد نقض نگردد آن به مخالفت با بخش بزرگی از سنت و احادیث که همان اخبار آحاد است منجر می گردد که این خود با وظیفه سنت در مقام تبیین قرآن در تضاد خواهد بود و بنابراین پذیرش این رأی درحقیقت به ابطال بخش بزرگی از سنت منجر می گردد. دیگر آنکه اجتهاد با وجود نص شرعی مگر درحالت خفای نص با ظهور عوارضی مانند نسخ یا تخصیص یا دلیل قوی تر، ممنوع است و اختلاف هنگامی «موجب شبهه است که سنت پیامبر (ﷺ) روشن و آشکار نباشد»^۲.

بنابراین خلاف اگر مخالف سنت پیامبر (ﷺ) باشد خروج از آن نه تنها مستحب نیست بلکه آن باید نقض گردد. بعنوان مثال، فصل نماز وتر بهتر از وصل آن است بدلیل حدیث پیامبر (ﷺ) که فرموده است: «نماز وتر را شبیه نماز مغرب نسازید» و براین اساس خلاف ابوحنیفه که فصل وتر را جایز نمی داند نباید مراعات شود زیرا رعایت خلاف ابوحنیفه یعنی خواندن نماز وتر با حالت وصل به ترک سنت صحیح و ثابت می انجامد. شریینی می گوید: «شافعی خلافتی را مراعات می کند که به محظور یا مکروه منجر نشود که مسأله خواندن نماز وتر به صورت وصل جزو این موارد است زیرا وصل خواندن وتر اگر وتر سه رکعتی باشد مکروه است همانگونه که ابن خیران بدان تصریح کرده است. قفّال هم گفته است: وصل وتر صحیح نیست و قاضی حسین نیز بدین فتوا داده است بدلیل

۱- ابن ابی الدّم، ادب القضاء، ج ۱، ص ۴۱۱.

۲- ابن تیمیّه، مجموع الفتاوی، ج ۲۱، ص ۶۲.

۳- المبارکفوری، تحفة الأحوذی، ج ۲، ص ۴۵۲، العظیم آبادی، عون المعبود، ج ۴، ص ۲۱۰.

حدیث پیامبر (ﷺ) که فرموده است: « به سه رکعت وتر نخوانید و وتر را به نماز مغرب شبیه مسازید ».^۱

مثال دیگری که برای خلاف مخالف سنت می توان ذکر کرد عدم بالا بردن دستها در نماز است . سیوطی می گوید: « بالا بردن دستها در نماز سنت است و به رأی برخی از فقهای حنفی که قائل به بطلان نماز هستند نباید توجه کرد زیرا بالا بردن دستان در نماز توسط پیامبر (ﷺ) از طریق پنجاه صحابی ثابت شده است ».^۲ و همانگونه که روشن است خروج از خلاف این عده از فقیهان حنفیه به مخالفت با سنت ثابت منجر می گردد .

بند سوّم: عدم مخالفت با اجماع

مقصود از اجماع که حکم اجتهادی مخالف آن نقض می گردد اجماع قطعی نه ظنی است همانگونه که بسیاری از اصولیون بدان تصریح کرده اند.^۳ اجماع قطعی همان اجماع قولی است که بوسیله تواتر نقل شده است اما اجماع ظنی همان اجماع سکوتی و منقول بوسیله آحاد است. اجماع از نظر سایر فقها و اصولیین جزو دلایل قطعی بشمار می آید بگونه ای که مخالفت با آن حرام بوده و منکر و جاحدش کافر بشمار می آید. بنابراین هر خلافتی که مخالف اجماع باشد نه تنها شایسته مراعات نیست بلکه نقض آن واجب است .

^۱ - الشریینی ، مغنی المحتاج ، ج ۱ ، ص ۲۲۱ .

^۲ - السیوطی ، الانشیه والنظائر ، ج ۱ ، ص ۲۹۸ .

^۳ - الآمدی ، الأحکام ، فی اصول الأحکام ، ج ۲ ، ص ۴۲۹ ، العضد ودیگران ، شرح مختصر المنتهی ، ج ۳ ، ص ۶۱۲ ؛ الکاسانی ، بدائع الصنائع ، ج ۷ ، ص ۱۴ .

بند چهارم: عدم مخالفت با قیاس جلی

اکثریت اصولیین معتقدند اگر اجتهاد مخالف قیاس جلی باشد آن نقض می گردد.^۱ قیاس جلی آن است که در مورد نفی فارق میان اصل و فرع، قطع و جزم وجود دارد بدینگونه که علت مورد اتفاق همگان باشد و در فرع بطور متیقن وجود دارد که نقض اجتهاد در این حالت امر مسلم است زیرا دلیل و مدرک مجتهد هم قوت و هم رتبه با قیاس جلی نمی باشد اما اگر اجتهاد، مستند به دلیل شرعی دیگری باشد که از نوعی قوت برخوردار است در این حالت آن اجتهاد نقض نمی گردد. همچنین قیاس اگر در زمره قیاس خفی باشد یعنی قیاسی که در مورد نفی فارق میان اصل و فرع قطع و جزم وجود نداشته باشد حکم اجتهادی غیر قابل نقض است.

بند پنجم: عدم مخالفت با قواعد کلی شرع

خلاف شایسته مراعات نباید مخالف قواعد شرعی باشد. البته مقصود از این قواعد آن قواعد قطعی است که درباره مقتضای آن اتفاق نظر وجود دارد و مستند مجتهد در مخالفت با آن، استثنا از قاعده نباشد.

بند ششم: عدم منع عبادت

خروج از خلاف نباید به منع عبادت منجر شود. زرکشی از جمله محاذیر شرعی تفویت و منع عبادت ذکر کرده و می گوید: «خروج از خلاف اگر به منع عبادت بینجامد ضعیف می گردد بخاطر اینکه مخالف قایل به کراهت یا منع عبادت است مانند قول مشهور امام مالک درباره عدم تکرار عمره در یکسال و قول ابوحنیفه در مورد کراهت عمره و حج تمتع برای شخص مقیم در مکه در ماههای حج که این دو قول بخاطر اینکه مأخذ و دلیل آنها ضعیف است و به منع انجام عمره

^۱ - الغزالی، المستصفی، ج ۲، ص ۱۹۸؛ القرافی، شرح تنقیح الفصول، ص ۴۱۷؛ ابن ابوالدم، ادب القضاء، ج ۱، ص

بطورزیاد که آن از جمله مهمترین اعمال موجب تقرّب به پروردگار است می انجامد شایسته مراعات نمی باشند».^۱

اما مراعات خلاف اگر به زیادت و افزایش عبادت منجر گردد مراعاتش مستحب است مانند مضمضه و استنشاق در غسل جنابت که از نظر مذهب حنفی واجب است یا استنشاق در وضو که در مذهب حنبلی واجب است یا بجا آوردن نیت روزه نافله در هنگام شب که در مذهب امام مالک واجب است. در تمام این موارد بدلیل اینکه مراعات خلاف به افزایش عبادت منجر می گردد رعایت آنها مستحب است.

نکته ای که در اینجا باید ملاحظه کرد این است که خروج از خلاف نباید به صرف منع از عبادت، مردود اعلام شود. بعنوان مثال اگر خلاف میان مشروعیت یک عمل یا عدم مشروعیت آن مردود باشد در این حالت نباید مشروعیت را به صرف آنکه به افزایش و زیادت عبادت می انجامد راجع و معتبر دانست زیرا مجتهد قایل به انکار مشروعیت مدعی این است که آن عمل بدعت است و بدعت و نوآوری در دین امر بسیار خطرناکی است و اگر صرف زیادت عبادت مرجّح باشد در اینحال صواب در جانب قائلان به استحباب نماز تسبیح و روزه گرفتن نیمه شعبان خواهد بود حال آنکه موارد مذکور بدعت می باشند و به همین دلیل است که تکیه گاه اصلی مراعات خلاف قوّت دلیل مخالف است که اگر قوی باشد خروج از آن مندوب است در غیراین صورت مندوب نخواهد بود.

گفتار سوّم: منجر نشدن به خلاقی دیگر

از مقاصد و اهداف مراعات خلاف یا رفع کلی خلاف است مانند مسح تمام سر در وضو و قرائت فاتحه در نماز یا کاستن از دایره خلاف است مانند قرائت «بسمله» در نماز و بالا بردن دستان در آن. بنابراین اگر مراعات خلاف به واقع شدن در خلاقی دیگر منجر شود آن با هدف و غایت از

^۱ - الزرکشی، المنتور فی القواعد، ج ۲، صص ۱۳۲، ۱۳۳؛ الفادانی، الفوائد الجنیة، ج ۲، ص ۱۹۳.

مراعات خلاف در تضاد خواهد بود و به همین دلیل است که فقها یکی از شروط مراعات خلاف منجر نشدن آن به خلافتی دیگر در نظر گرفته اند. اما دربارهٔ باقی ماندن خلاف بر همان حالت خود بدون افزودن بدان، ابن تیمیّه می گوید: «اگر شخص به هر کدام از این مذاهب عمل کند جایز است و اگر از خلاف خارج شود و به احوط عمل کند مانند مسح تمام سر و درموردی که خروج از خلاف آن ممکن نیست مانند گفتن «بسمله» به قول اکثریت عمل کند آن بهتر است».^۱

امام نووی می گوید: «عالمان دین درباره تشویق و ترغیب به خروج از خلاف مادامی که مستلزم ترک سنت یا واقع شدن در خلافتی دیگر نباشد اتفاق نظر دارند».^۲

از فروع شرط پیشگفته این است که فصل نماز وتر سه رکعتی بهتر از وصل کردن آن است بدلیل حدیث پیامبر (ﷺ) که فرموده است: «نماز وتر را شبیه نماز مغرب نسازید» و خلاف ابوحنیفه که قائل به منع فصل است قابل مراعات نمی باشد زیرا عده ای از فقها گفته اند که وصل نماز وتر سه رکعتی اصلاً جایز نیست. به عبارتی دیگر خلاف ابوحنیفه علاوه بر آنکه مراعاتش مستلزم مخالفت با سنت است به واقع شدن در خلافت دیگر فقها می انجامد و به همین دلیل نمی توان آن را مراعات کرد.^۳

همچنین مراعات روایت منقول از ابوحنیفه دربارهٔ شرط بودن شهر جامع برای انعقاد جمعه مراعات کردن آن توسط مجتهد قایل به اینکه هرگاه تعداد مسلمانان یک روستا به تعداد لازم برای انعقاد جمعه برسد جمعه بر آنان لازم می گردد و نماز ظهر کفایت نمی کند، ممکن نیست زیرا جمع میان دو قول مذکور ممکن نمی باشد یا قول ابوحنیفه درمورد اینکه وقت نماز عصر با دو برابر شدن

^۱ - آل تیمیّه، المسوده، ج ۲، ص ۹۵۸.

^۲ - النووی، شرح صحیح مسلم، ج ۲، ص ۲۳.

^۳ - المبارکفوری، تحفة الأخوذی، ج ۲، ص ۴۵۲؛ العظیم آبادی، عون المعبود، ج ۴، ص ۲۱۰.

^۴ - الفادانی، الفوائد الجنیة، ج ۲، ص ۱۷۸؛ السبکی، الأشباه والنظائر، ج ۱، ص ۱۱۲؛ السیوطی، الأشباه والنظائر، ج ۱،

سایه داخل می شود و قول اصطخری که معتقد است اگر سایه یک شیء دو برابر شود وقت عصر خارج می شود و نماز عصر قضا می گردد به همین گونه است یعنی خروج از خلاف ابوحنیفه و اصطخری امکان پذیر نمی باشد زیرا اگر خلاف ابوحنیفه مراعات شود و نماز عصر پس از دو برابر شدن سایه خوانده شود آن مستلزم عدم صحت نماز عصر از نظر اصطخری است زیرا از نظر او وقت مذکور خارج از وقت نماز است و اگر خلاف اصطخری رعایت شود و نماز قبل از دو برابر شدن سایه خوانده شود لازمه اش عدم صحت نماز از نظر ابوحنیفه است زیرا در این حالت نماز قبل از وقت خوانده شده و نماز قبل از وقت باطل است و بنابراین خروج از خلاف این دو قول ممکن نمی باشد.^۱

حاصل شرط مذکور این است که اگر خروج از خلاف به وقوع درخلافی دیگر منجر گردد مراعاتش مستحب نمی باشد اما حقیقت این است که در اینگونه مسائل یعنی در مسائلی که دو رأی مخالف با رأی شخص خواهان خروج از خلاف وجود دارد باید به دلیل آن دو قول نگاه کرد که اگر یکی از آن دو قوی و دیگری ضعیف باشد اعتبار و مراعات رأی مستند به دلیل قوی مستحب می باشد حتی اگر به مخالفت با رأی دوم بینجامد زیرا مأخذ رأی دوم ضعیف است و بنابراین قاعده مراعات خلاف را نباید به صرف وجود چند رأی اختلاف در یک مسأله ملغی کرد. افزون بر آن، محل اعمال این شرط هنگامی است که قوت هر دو دلیل از نظر ناظر در آنها همسان و مساوی باشد که در این حالت می توان چنین گفت که واجب در حق مجتهد تبعیت از اجتهادش است مادامی که آن از نظرش راجح است و بنابراین هر گاه دلایل مخالفان مشتبّه یا همسان باشد و دلیل قوی قابل تشخیص نباشد تا خروج از خلاف آن انجام بگیرد در این حالت به اصل که همان التزام به مذهب مورد اعتقاد است باید رجوع و عمل کرد.

^۱ - الزركشى، المنثور فى القواعد، ج ۲، ص ۱۳۲؛ الفوائد الجنية، ج ۲، ص ۱۹۲.

زرکشی پس از نقل قول امام شافعی « اما من دوست دارم که در کمتر از سه روز بخاطر احتیاط نماز را به قصر نخوانم » گفته است « برخی نسبت به این قول اشکال گرفته و گفته اند از نظر برخی فقها شرط جواز قصر نماز این است که سفر بیش از سه شبانه باشد و بنابراین می بایست که این قول مورد اعتبار واقع شود. در جواب این اشکال باید گفت که دلیل مازاد بر سه شبانه روز ضعیف است و دلیل سه روز قوی تر است »^۱.

در این مسأله امام شافعی که قائل به جواز قصر نماز در مسافت دو روز است^۲ رأی قایل به مسافت بیش از سه شبانه را مراعات نکرده حال آنکه رأی قایل به شرط بودن سه روز را مراعات کرده است و علت این فرق نهادن میان دو رأی همانگونه که زرکشی گفته، ضعیف بودن رأی اول و قوت دلیل رأی دوم است. دیگر آنکه عمل کردن به این شرط به ابطال و الغای عمل به قاعده مراعات خلاف در بخش بزرگی از مسایل اخلاف و به محدود ساختن زمینه اجرای آن می انجامد زیرا در بسیاری از مسائل اختلافی بیش از دو قول وجود دارد بدین معنا که خروج از خلاف در بسیاری از مسائل ناچار به وقوع در خلافتی دیگر منجر می گردد و به همین دلیل است که ملاک باید قوت و ضعف دلایل مسائل خلاف باشد.

گفتار چهارم: منجر نشدن به خرق اجماع ضمنی

مراعات خلاف نباید مستلزم خرق اجماع شود وگرنه مراعات خلاف حرام خواهد بود. مانند ازدواج بدون ولی و شهود و با مهر کمتر از ۱/۴ درهم که شخص در این مسأله تلفیقی در مورد عدم نیاز به ولی از ابوحنیفه تقلید کرده و در مورد عدم نیاز به شهود از امام مالک و در مورد جواز مهریه کمتر از یک چهارم درهم از امام شافعی تقلید کرده است. این نکاح اگر بر مجتهد حنفی

^۱ - الزرکشی، المنثور فی القواعد، ج ۲، ص ۱۳۳.

^۲ - النووی، المجموع، ج ۴، ص ۲۱۰.

عرضه گردد آن را صحیح نخواهد دانست و اگر برمجتهد مالکی یا شافعی عرضه گردد آن را تجویز و تصحیح نخواهند کرد. به عبارتی دیگر، این نکاح از نظر همگان باطل است و هیچکس قائل به مسأله فوق نمی باشد و بنابراین فسخ آن به اتفاق همگان واجب است و خلاف در باره آن را نباید مراعات کرد زیرا هیچکس به این نوع از نکاح معتقد نمی باشد.^۱

زرکشی در مورد این شرط می گوید: « مراعات خلاف نباید به خرق اجماع منجرشود چنانکه از ابن سريج نقل شده که او گوشه‌های درهنگام وضو همراه با صورت می شست و همراه با سر آنها را مسح می کرد و بطور انفرادی نیز آنها را می شست بخاطر مراعات خلاف آن عده از فقهای که گفته اند گوشها جزو صورت یا جزو سر یا دو عضو مستقل هستند. ابن سريج با این عمل خود خرق اجماع کرده است زیرا هیچکس قایل به جمع اقوال پیشگفته نمی باشد. نووی گفته است هرکس بگوید ابن سريج مرتکب اشتباه شده او خود اشتباه کرده است زیرا شافعی و اصحاب شستن دو طرف پیشانی به بالا - نزعتان - همراه با صورت را مستحب دانسته اند با اینکه آن دو درهنگام مسح سر مسح می شوند و آن هم بخاطر خروج از خلاف آن عده از فقهای است که گفته اند « نزعتان » جزو صورت هستند با اینکه هیچ کس قایل به وجوب شستن و مسح کردن آن دو نیست اما با این حال، آن را مستحب دانسته اند.^۲ »

همچنین ثابت است که امام مالک، مراعات خلاف در محل اجماع را اعمال نمی کرد. از امام مالک درباره تکبیر گفتن در نماز جنازه سؤال شد که اگر امام پنج بارتکبیر بگوید آیا در این صورت مأموم از امام تبعیت کند و تکبیر پنجم را بگوید یا اینکه نمازش را قطع کند؟ او در جواب گفته است: « اگر چهار بار تکبیر گفته باشد قطع کردن نماز پسندیده تر است و در تکبیر پنجم از

^۱ - القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص ۴۰۷ الأستوی، التمهيد، ص ۶۵۵؛ الشرييني، مفتي المحتاج، ج ۳، ص ۱۴۸.

^۲ - الزركشي، المنثور، ج ۲، ص ۱۳۱؛ القاداني، الفوائد الجنية، ج ۲، ص ۱۹۱؛ النووي، المجموع، ج ۱، ص ۴۴۶.

امام پیروی نکنند. ابن رشد در شرح این سخن امام مالک گفته است: « مالک بدلیل مراعات خلاف، قطع نماز را نیک و پسندیده دانسته و قایل به تکبیر پنجم نشده است زیرا در خلافت عمر بن خطاب - رضی الله عنه - صحابه در مورد گفتن چهار تکبیر در نماز جنازه اجماع کرده اند و بدین ترتیب خلاف مرتفع گردیده است.^۱»

چنین به نظر می آید که شرط مذکور دو صورت دارد:

- ۱- مسأله یا حادثه بگونه ای نباشد که هیچ عالمی بدان قایل نبوده باشد زیرا در این حالت در زمره تلفیق ممنوع بشمار می آید مانند کسی که بدون ولی و شهود و مهر کمتر از یک چهارم ازدواج کند که نتیجه اینگونه مسائل مخالفت با اجماع ضمنی خواهد بود.
- ۲- مجتهد در باره حادثه حکمی صادر نکند که به مخالفت با اجماع منجر گردد مانند مسأله تکبیرات نماز جنازه.

گفتار پنجم: منجر نشدن به ترک کلی مذهب

پنجمین شرط مراعات خلاف این است که به ترک کلی مذهب نینجامد^۲ زیرا اعمال مراعات خلاف در هنگام نیاز یا ضرورت انجام می گیرد و مجتهد نیز در شرایط نیاز یا ضرورت و بمنظور محقق ساختن یک مصلحت شرعی یا دفع مفسده ای محقق بدان پناه می برد و آن را اعمال می کند و فقط در حالات خاصی آن را به اجرا می گذارد و بنابراین قاعده مراعات خلاف در همه موارد بگونه ای که از قواعد مراعات کننده خارج گردد جاری نمی شود و به همین دلیل است که از جمله شروط مراعات خلاف این است که مراعات کننده مذهبش را بطور کلی ترک نکند. بعنوان مثال اگر کسی ازدواج اختلافی مانند نکاح شغار انجام داده و سپس زنش را سه طلاق داده باشد برخی از

^۱- ابن رشد، البیان و التحصیل، ج ۲، ص ۲۱۵.

^۲- بلکا، الأختیاط، ص ۳۳۹.

فقه‌های مالکی معتقدند که طلاق در حق او لازم می‌گردد و نمی‌تواند آن زن را برگرداند تا آنگاه که آن زن با شوهر دیگری ازدواج کند زیرا طلاق مذکور در نکاح صحیح صورت گرفته است با اینکه اصل آن نکاح فاسد بوده اما پس از وقوع تصحیح گردیده است. بنا بر این اگر زوج قبل از اینکه آن زن با مرد دیگری شوهر کند به ازدواج با او مبادرت ورزد مقتضای الزام طلاق این است که ازدواج دوم باید فسخ گردد زیرا آن زن با طلاق سوم، بینونه کبری شده و جدایی بطور کامل اتفاق افتاده است اما با این حال این عده از فقها ازدواج مذکور را فسخ نکرده اند زیرا جدا ساختن میان زن و مرد در این حالت بخاطر اعتقاد داشتن به فاسد بودن نکاح آن زن است حال آنکه این ازدواج از نظر این عده از فقها صحیح و از نظر مخالف، فاسد است. پس منع ازدواج با آن در ابتدا بخاطر مراعات خلاف و فسخ نکاح نیز بخاطر مراعات خلاف بوده است و اگر قابل به فسخ نکاح می‌شدند باز هم بخاطر مراعات خلاف است و براین اساس اگر خلاف در هردو حالت رعایت شود آن به ترک کلی مذهب مالکیه می‌انجامد.^۱

اعتبار این شرط هنگامی روشن می‌گردد که این حقیقت که مراعات خلاف در برخی از جهات حکم صورت می‌گیرد مورد ملاحظه قرار بگیرد زیرا مراعات کننده در این حالت مذهب را بطور کلی ترک نمی‌کند مانند ازدواج بدون ولی و ازدواج شغار.

البته ناگفته نماند که مراعات گاهی اوقات براساس عمل کردن بطور کلی به حکم مخالف انجام می‌گیرد که در این حالت ممکن است شرط مذکور مورد نقد و ایراد قرار بگیرد زیرا چنین به نظر می‌آید که مراعات کننده مذهب را بطور کلی ترک کرده و به مذهب مخالف عمل کرده است اما حقیقت این است که ترک مذهب بطور کلی در هنگام ترجیح دلیل مخالف و مرجوح بودن دلیل مراعات کننده خلاف انجام می‌گیرد که در این حالت مراعات کننده باید رأی نخستین خود را بطور مطلق ترک کند و به دلیل مخالف عمل نماید اما در حالت مراعات خلاف بطور کلی، دلیل مراعات

^۱ - همان مرجع.

کننده همچنان از نظر او راجح و دلیل مخالف مرجوح است و فقط براساس اعتبار مجوز شرعی آن را مراعات کرده و بدان عمل نموده است بگونه ای که هرگاه آن مجوز زایل گردد بدان عمل نمی کند و به رأی اول خود که بر دلیل راجح از نظر او بنا شده است برمی گردد. این سخن بیانگر این حقیقت است که مراعات کننده خلاف مذهبش را بطور کلی ترک نکرده است و مقصود از این شرط نیز همین است.

شایسته یادآوری است که خروج به مذهب دیگری و ترک کلی مذهب ممکن است که در برخی حالات واقع شود و صحیح بشمار آید.

مبحث پنجم: مراتب خلاف در قاعده مراعات خلاف

فقها هر خلافی را معتبر نمی دانند و خلاف از این حیث که خلاف است معتبر نیست. اعتبار خلاف تنها به دلیل و مقدار قوت و ضعف آن است و بر همین اساس می توان گفت که خلاف دو قسم است: یا معتبر است یا غیر معتبر. البته قسم دیگری از خلاف نیز هست که فقها درباره اعتبار یا عدم اعتبار آن اختلاف کرده اند و بنابراین خلاف به سه قسم تقسیم می گردد که شرح هر کدام از آنها به ترتیب زیر است.

گفتار اول: خلاف معتبر

خلاف معتبر خلافی است که دلیل و مأخذش نزدیک و مستند به دلیل صحیح است.^۱ البته مقصود از این سخن، رجحان خلاف نیست زیرا اگر خلاف از نظر مجتهد و ناظر در آن، راجح باشد در این حالت عمل کردن بدان لازم است بلکه مقصود این است که دلیل خلاف از نوع دلایل معتبر و مقبول

^۱ - الزرکشی، البحرالمحیط، ج ۴، ص ۴۷۹.

در نزد جمهور فقیهان امت باشد و دربارهٔ این نوع ازخلاف است که گفته اند: انکار در مسائل خلاف منتفی است .

شایسته یادآوری است که اعتراف به مشروعیت اختلاف بمعنای بشمارآوردن خلاف جزو ادله اباحه نیست تا براساس آن به وجود گشایش و فراخی در مسائل خلاف به وجود اختلاف در بارهٔ آنها استدلال شود و انجام آن توسط مکلف مباح گردد زیرا هیچکس قایل به چنین چیزی نیست.^۱

غزالی دربارهٔ شروط صحت نهی از منکر می گوید: « شرط چهارم این است که منکر بدون نیاز به اجتهاد، معلوم و روشن باشد و هر موردی که محل اجتهاد باشد حسب در آن اجرا نمی گردد. پیرو مذهب حنفی حق ندارد شافعی مذهب را بخاطر خوردن سوسمار و کفتار و قربانی « متروک التسمیه » مورد انکار و سرزنش قرار دهد همانگونه که شافعی مذهب نیز حق ندارد حنفی را بخاطر نوشیدن « نیبذ » غیر مسکر و گرفتن میراث ذوی الأرحام و سکونت در خانه ای که از طریق شفعه جوار بدست آورده و دیگر احکام اجتهادی، مورد ملامت و سرزنش قرار دهد.^۲ اما قرافی می گوید: « اگر کسی عملی را که دربارهٔ حلیت و حرمت آن اختلاف است و او اعتقاد به حرمت آن دارد، انجام دهد مورد انکار و سرزنش قرار می گیرد بدین جهت که او برخلاف اعتقادش عمل کرده و حرمت آن شیئی را زیر پا گذاشته است اما اگر او اعتقاد به حلیت آن شیئی داشته باشد مورد انکار و سرزنش قرار نمی گیرد زیرا او گناهکار نیست. دیگر آنکه هیچکدام از دو قول بر دیگری برتری ندارد و مفسده ای که مستلزم جواز اعمال نهی از منکر باشد متعین نیست مگر آنکه مأخذ رأی قایل به حلیت بسیار ضعیف باشد بگونه ای که اگر قاضی بدان حکم داده باشد آن حکم بخاطر باطل بودن آن در شریعت نقض می گردد مانند مباح دانستن همبستر شدن با کنیز براساس مذهب عطاء. و اگر شخص اعتقادی به حرمت یا حلیت نداشته باشد و مدرک و مأخذ حلیت و حرمت نزدیک به

^۱ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۳۰.

^۲ - الغزالی، احیاء علوم الدین، ج ۲، ص ۳۲۵؛ ابن تیمیّه، مجموع الفتاوی، ج ۳۰، ص ۷۹، ۴۰۷.

هم باشد در این حالت باید به نرمی و با ملایمت و بدون انکار و توییح به ترک آن شیء ارشاد و توصیه گردد زیرا ترک آن شیء از جمله ورع مندوب است.^۱

اقوال و سخنان فقها و عالمان دین در این باره بسیار است که در اینجا به همین مقدار اکتفا می شود چه، همین موضوع یعنی عدم اجرای اصل نهی از منکر در مسائل اجتهادی در مبحث آثار و نتیجه با تفصیلی بیشتر بررسی گردیده است.

فقها همچنین بر همین اساس است که به قبول شهادت کسی که مرتکب عمل حرام از نظر دیگران شده است تصریح کرده اند مادامی که معتقد به جواز آن عمل بوده و رأیش از دلیل قابل قبول برخوردار باشد.^۲

اعتقاد راسخ فقها و عالمان دین به معانی و مفاهیم پیشگفته است که آنان را واداشته تا آنها را به شکل قواعدی درآورند و اهمیت آنها را بدینگونه نشان دهند که ازجمله این قواعد موارد زیر است :

۱- موارد اختلافی غیر قابل انکار و سرزنش است و فقط موارد اجماعی سزاوار انکار و سرزنش است.^۳

۲- اجتهاد بوسیله اجتهاد نقض نمی گردد.^۴

۳- ظن بوسیله ظن نقض نمی شود.^۵

۱- القرافی، الفروق، ج ۴، ص ۲۰۰.

۲- ابن قدامه، المغنی، ج ۱۰، ص ۱۷۹.

۳- ابن تیمیّه، مجموع الفتاوی، ج ۳۰، ص ۸۰، الزرکشی، المنثور فی القواعد، ج ۲، ص ۱۴۰، السیوطی، الأشباه والنظائر، ج ۱، ص ۳۴۱، ابن القیم، اعلام الموقعین، ج ۳، ص ۲۳۳.

۴- ابن رجب، القواعد الفقهیه، ص ۳۰۸؛ ابن عبدالسلام، قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۱۹۱؛ ابن نجیم، الأشباه والنظائر، ص ۱۱۵؛ ابن الکیل، الأشباه والنظائر، ص ۶۵؛ السیوطی، الأشباه والنظائر، ج ۱، ص ۲۲۵.

۵- الونشیری، ایضاح المسالک، ص ۶۰.

گفتار دوم: خلاف شاذ و ضعیف

فقیهان و بزرگان دین این قسم از خلاف را خطا یا در حکم خطا بشمار آورده اند و آن را فاقد اعتبار دانسته اند و اگر وجهی داشته باشد آن بسیار ضعیف است بگونه ای که سزاوار ابطال و الغا است. اعتبار این قسم از خلاف در قاعده مراعات و خروج از خلاف بطور مطلق مندوب نیست.^۱ البته از قائل شافعی نقل شده که او قایل به مراعات خلاف است حتی اگر مأخذ و دلیل مخالف ضعیف باشد مادامی که آن خلاف دارای جنبه احتیاط باشد. او در فتاوی خود تصریح کرده که هرگاه آب، اندکی از دو قله کم شود و نجاستی در آن بیفتد شایسته است که مکلف در این حالت از مجتهدی تقلید کند که دو قله را پانصد رطل می داند و بر این اساس اگر آب از دو قله اندکی کم باشد و نجاستی در آن بیفتد آن آب دچار تغییر شده و از آن نجاست اثر پذیرفته است که در این حالت، بهتر این است که مکلف تیمم کند و سپس نمازش را بنا بر مذهب شافعی قضا کند. قائل گوئی که در این مثال به خاطر خروج از خلاف قایل به استحباب اعاده نماز شده است^۲ و بر همین اساس، برخی گمان کرده اند که گفتار قائل و پیروانش بر اعتبار خلاف در هنگام ضعیف بودن دلیل در سایر حالات اطلاق دارد و دیدگاه اکثریت فقیهان شافعیه در اعتبار خلاف عطاء در مسأله مباح بودن همخوانی با کنیز بوسیله عاریه و اسقاط حد از مرتکب چنین عملی و عدم اعتبار خلاف ابوحنیفه در قتل بوسیله «مقل» و اجرای حد قصاص بر شخص مرتکب قتل را دارای اشکال دانسته اند و گفته اند وجه تفاوت میان دو مسأله که هر دو از لحاظ مأخذ و دلیل ضعیف می باشند چیست؟

در جواب این اشکال باید گفت که خلاف عطاء شبهه است بدلیل آنکه او به حلیت و نه حرمت آن عمل اعتقاد دارد و همانگونه که مقرر است شبهه ای موجب دفع حد می شود که از قوت کافی برخوردار باشد و با ادله مقابله کند نه اینکه صرف اختلاف علما شبهه است. دیگر آنکه ابوحنیفه نه

^۱ - الندوی، القواعد الفقهیه، ص ۳۷۹؛ الزرکشی، المنثور فی القواعد، ج ۲، ص ۱۲۹.

^۲ - الزرکشی، المنثور فی القواعد، ج ۲، ص ۱۳۰؛ القادانی، الفوائد الجنیة، ج ۲، ص ۱۸۸.

تنها به حلال بودن قتل بوسیله « مَثَقَل » اعتقاد ندارد و هیچ کس به چنین عملی قائل نمی باشد بلکه ابوحنیفه معتقد است که چنین عملی گناه است و فقط حد قصاص از قاتل دفع می گردد. بنابراین قاتل بوسیله « مَثَقَل » و آگاه به حرمت قتل و جاهل به مجازات، جهلش نسبت به او عذر بشمار نمی آید برعکس جاهل به اصل حرمت یا حرمت محل اختلاف که جهلش بعنوان عذر بشمار می آید.^۱ و همانگونه که قبلاً گفته شد ضابطه قَوْت مأخذ، ظهور دلیل و بشمار نیامدن آن جزو موارد نقض اجتهاد است و در این مسأله گرچه خلاف ابوحنیفه و خلاف عطاء هر دو ضعیف می باشند اما خلاف عطاء بنا به یک قول بخاطر معتبر دانستن جهل مرتکب آن عمل و بشمار آوردن آن بعنوان شبهه و عذر، مراعات گردیده است و حدود هم بوسیله شبهه دفع می گردد و جاهل در مسائل اجتهادی جهلش بعنوان عذر پذیرفته می شود.

امام نووی می گوید: « اما در مورد اختلافی که در باره مباح بودنش حدیث صحیح بدون معارض وجود دارد و تأویل آن حدیث ممتنع یا بعید باشد به خلاف قایل به منع هیچ ترتیب اثری داده نمی شود و ترک چنین عملی در زمره ورع پسندیده بشمار نمی آید و خلاف در این صورت موجب ایجاد شبهه نمی گردد ». ^۲ ابن عبدالسلام نیز در این باره می گوید: « اگر مأخذ مستند خلاف بسیار ضعیف باشد مراعات آن مستحب نمی باشد بویژه اگر قول مخالف مستند به دلیل ضعیف از جمله مواردی باشد که اگر قاضی بدان حکم نماید حکمش نقض می گردد ».^۳

عبدوسی مالکی می گوید: « تعبد کردن و حکم دادن به قول شاذ جایز نیست و هرکس به خلاف شاذ فتوا دهد مورد مجازات و تنبیه قرار می گیرد حتی اگر آن قول شاذ، رأی مذهب باشد ».^۴

^۱ - السبکی ، الأشباه والنظائر ، ج ۱ ، ص ۳۸۱ ؛ الزرکشی ، المنثور فی القواعد ، ج ۲ ، ص ۱۳۵.

^۲ - النووی ، المجموع ، ج ۹ ، ص ۴۱۹.

^۳ - ابن عبدالسلام ، قواعد الأحکام ، ج ۱ ، ص ۳۷۰.

^۴ - الوئشیری ، المعیارالمعرب ، ج ۴ ، ص ۱۱۶.

غزالی معتقد است که خروج از اینگونه خلاف بخاطر احتیاط، به وسوسه نزدیک است^۱ و حنفیه گفته اند که خلاف شاذ اساساً جزو اختلاف بشمار نمی آید.^۲

حقیقت این است که بیشتر موارد این قسم از خلاف جزو خطاها و لغزش های عالمان است که پیامبر(ﷺ) در باره آن می فرماید:^۳ در مورد امت ام از سه چیز بیم دارم: لغزش عالم و ستیزه گری منافق بوسیله قرآن و تکذیب قدر و همین خطاها و لغزشها است که هیچ فقیهی و مذهبی از آن در امان نمی باشد.

ابیاری می گوید: «هیچ مذهبی خالی از اقوال شاذ نیست و قول حق تنها به اصول مشهور و تأیید شده به واسطه دلایل صحیح، اعتماد و استناد دارد».^۴ ابن تیمیّه نیز در این باره می گوید: «هر مذهبی از سه قسم تشکیل می گردد: قسمی که حق در آن ظاهر و آشکار و با قرآن و سنت موافق است و قسمی که مرجوح است و رأی مخالف، صحیح است و قسمی که جزو مسائل اجتهادی است».^۵

عبدالله بن مبارک می گوید: «یک شخص چه بسا دارای مناقب زیادی باشد و با این حال، خطا و لغزش از او سرزنند که در این حالت، جایز نیست که به آن خطا و لغزش احتجاج و استدلال شود».^۶ شاطبی درباره سبب لغزش و خطای یک عالم می گوید: «سرزدن لغزش و خطا از یک عالم بیشتر هنگامی است که او مقاصد شارع در محل اجتهاد را نادیده بگیرد که این مسأله درحقیقت از درنگ کردن در پیگیری و جستجوی بی وقفه در باره نصوص مسأله محل نزاع نشأت می گیرد».^۷

۱- الغزالی، احیاء علوم الدین، ج ۲، ص ۱۱۶.

۲- الزرکشی، البحرالمحیط، ج ۴، ص ۴۷۹.

۳- الطبرانی، المعجم الکبیر، ج ۱۷، ص ۱۷؛ الهیثمی، مجمع الزوائد، ج ۷، ص ۲۰۳.

۴- الأبیاری، الورع، ص ۶۸.

۵- ابن القیم، اعلام الموقعین، ج ۴، ص ۱۸۱.

۶- همان مرجع، ج ۳، ص ۲۲۱.

۷- الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۷۰.

حکم لغزش فقها این است که برای هیچکس جایز نیست که بخاطر سرزدن خطا و لغزش از سوی یک عالم، وی را مورد تهمت و بی احترامی قرار دهد زیرا احترام نهادن به علما و رعایت ادب نسبت به آنان واجب است. ابن قیم می گوید: «خطا یا لغزش ممکن است که از انسان والا مقام و دارای مناقب و اعمال نیک سر بزند که چه بسا او در مورد آنها معذور و یا حتی بخاطر اجتهادش مأجور باشد اما جایز نیست که در آن خطاها و لغزش ها از او تبعیت کرد همانگونه که توهین و بی احترامی کردن به جایگاه و منزلت وی در میان مسلمانان جایز نمی باشد»^۱.

بنابراین همانگونه که رعایت ادب و احترام نهادن به عالم هرگاه از او خطا یا لغزش سر بزند واجب است پیروی کردن از فتوایی که در آن خطا کرده، حرام است زیرا خلاف او در این حالت همانگونه که قرافی می گوید^۲: «بدلیل ضعیف بودن مورد تأیید شارع نیست و اگر آن رأی خطا از سوی حاکمان صادر شود تأیید نمی گردد و تقلید کردن از او در آن فتوای خطا، جایز نیست و حرام است. دیگر آنکه عمل کردن به تمام احکام و تقلید کردن از مجتهدین در تمام فتاوی آنان جایز نیست زیرا در هر مذهبی مسائلی وجود دارد که اگر مورد نقد و بررسی واقع شوند ممنوعیت تقلید از پیشوای آن مذهب در آن مسائل روشن می گردد.

شاطبی همین معنا را مورد تأکید قرار داده و می گوید: «لغزش عالم هرگز نمی تواند مورد استناد یا تقلید قرار بگیرد زیرا آن برخلاف شرع است و به همین دلیل است که آن در زمره خطا و لغزش بشمار آمده است چه، اگر دارای اعتبار می بود در این مرتبه نهاده نمی شد»^۳. و هنگامی که از ابن تیمیه در باره جواز ازدواج پدر زناکار با دختر حاصل از آن زنا سؤال شد او به مذهب جمهور یعنی جایز نبودن ازدواج و قتل یا تعزیر فاعل جواب داد. و به رأی مخالف و شاذ یعنی رأی شافعی که این

۱- ابن قیم، اعلام الموقعین، ج ۳، ص ۲۲۰.

۲- القرافی الاحکام فی تمییز الفتاوی عن الاحکام، ص ۷۳.

۳- الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۷۰.

نکاح را جایز می دانند، اشاره کرده و گفته است: «نقل این مسأله و مواردی از این قبیل از سوی پیشوایان و بزرگان دین درست نیست خواه این نقل به منظور نقد و خواه در جهت پیروی و تقلید کردن از آن امام باشد زیرا آن نوعی بی ادبی و توهین کردن به جایگاه پیشوایان فقه و در حکم پیروی کردن از اقوال ضعیف است».^۱

از دیگر احکام خطا و لغزش عالم این است که آن در زمره خلاف معتبر بشمار نمی آید و نسبت به مکلفین بعنوان شرع تلقی نمی گردد. شاطبی در این باره می گوید: «استناد کردن به لغزش و خطای عالم و معتبر دانستن آن بعنوان خلاف در مسائل شرعی، صحیح نیست زیرا آن در حقیقت از روی اجتهاد صادر نشده است و جزو مسائل اجتهادی بشمار نمی آید و اگر هم اجتهادی توسط صاحب آن خطا و لغزش صورت گرفته باشد آن اجتهاد فاقد صواب است و بنابراین نسبت آن به شرع همانند نسبت اقوال غیر مجتهدین است. در خلاف تنها اقوال معتبر بشمار می آید که براساس دلایل معتبر در شریعت، صادر شده باشد خواه آن دلایل، قوی باشد یا ضعیف اما اگر تنها از روی خفای دلیل یا عدم دسترسی بدان صادر شده باشد آن اجتهاد فاقد اعتبار خواهد بود».^۲

خلاصه سخن این است که در مراعات خلاف، خلافی معتبر است که مأخذ و دلیلش قوی باشد و اگر مأخذ ضعیف است آن بسیار ضعیف نباشد چه، خلاف اگر مأخذش شاذ یا بسیار دور یا بسیار ضعیف باشد مانند لغزش عالمان، آن در مقام قضاوت و مقام تقلید و مقام احتیاط و ورع، مورد توجه و ملاحظه قرار نمی گیرد.^۳

بند اول: نمونه هایی از خلاف غیر معتبر

۱- ابن تیمیّه، مجموع الفتاوی، ج ۳۲، ص ۱۳۷.

۲- الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۷۲.

۳- الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۷۰-۱۷۱؛ ابن القیم، اعلام الموقعین، ج ۳، ص ۲۲۰.

۱- نماز خوف اختصاص به پیامبر (ﷺ) داشته و با وفات پیامبر (ﷺ) حکمش رفع گردیده است. این رأی ابو یوسف است.^۱

۲- سنت آن است که یکبار بر جنازه سلام گفته شود. ابن قدامه می گوید: «در این باره هیچ اختلافی نیست مگر خلاف ابراهیم نخعی که گفته است: سلام جنازه دوتا است ... ابن قدامه در ادامه می گوید: اگر فقها در باره یک مسأله اتفاق نظر کنند و روایت منقول از سوی صحابه و تابعین یکسان باشد اما یک نفر قایل به رأی شاذ باشد به آن قول، خلاف گفته نمی شود».^۲

۳- هرگاه بیع سلم بوسیله حکم، فسخ شود برای مسلم جایز است که در قبال رأس المال خود، پول - دانایر - بگیرد که این قول همانگونه که ابن رشد گفته، بسیار بدور و غیر صحیح و جزو خلاف بشمار نمی آید.^۳

۴- از داود ظاهری نقل شده که او گفته است: در قیمت عروض و کالاهای تجاری زکات نیست.^۴

۵- برخی گفته اند: مسح بر خفین جایز نیست.^۵

۶- مرغینانی می گوید: «اگر شوهر زنش را سه طلاق بدهد آن زن برای شوهرش حلال نمی شود مگر آنکه با شوهر دیگری و بطور صحیح ازدواج کند و همبستری صورت بگیرد و شوهر دوم آن زن را طلاق بدهد یا بمیرد. فقها درباره این مسأله اتفاق نظر دارند و هیچ اختلافی در این باره نیست مگر خلاف سعید بن مسیب که رأیش غیر معتبر است بگونه ای که اگر قاضی بدان حکم کند حکمش

۱- ابن قدامه، المغنی، ج ۲، ص ۱۳۰.

۲- همان مرجع، ج ۲، ص ۱۸۴.

۳- ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج ۱، ص ۱۹۰.

۴- ابن قدامه، المغنی، ج ۲، ص ۳۳۵.

۵- النووی، المجموع، ج ۱، ص ۵۰۰.

نقض می گردد.^۱ مذهب سعید بن مسیب این است که آن زن به صرف عقد با شوهر دوم برای شوهر اول حلال می گردد.

بند دوم: ضابطه خلاف معتبر

ضابطه تشخیص خلاف معتبر از خلاف شاذ و غیر معتبر چیست و چگونه می توان خلاف معتبر که رعایت احتیاط به واسطه خروج از آن مندوب است از خلاف شاذ و غیر معتبر جدا ساخت؟ شاطبی می گوید: « به این سؤال می توان چنین جواب داد که آن جزو وظایف مجتهدین است. زیرا آنان هستند که توانایی تشخیص و ارزیابی قول موافق از قول مخالف را دارند اما غیر مجتهدین این رتبه را دارا نمی باشند و توانایی تشخیص و ارزیابی ندارند. دلیل و مبنای این گفتار این است که مخالفت با دلایل شرعی مراتبی دارد: برخی اقوال، مخالف دلیل قطعی از جمله نصّ متواتر یا اجماع قطعی در باره یک حکم عام هستند و برخی دیگر مخالف دلیل ظنی می باشند و دلایل ظنی هم متفاوت اند مانند اخبار آحاد و قیاس های جزئی. باطل ساختن قول مخالف دلیل قطعی، واضح و روشن است اما قول مخالف دلیل ظنی، محل اجتهاد است زیرا میان آن دلیل ظنی و دلیل مورد استناد مجتهد مانند قیاس یا غیر قیاس، توازن و همسنگی وجود دارد.^۲»

درست است که شناخت دلایل و مآخذ مخالف و مراتب آن ادله و اخبار و قیاس ها و انواع استحسان های متعارض با آن ادله و وجوه ترجیح میان آنها و صادر کردن حکم در باره اعتبار یا ضعیف بودن آنها جزو وظایف مجتهد است زیرا فقط اوست که از چگونگی بکارگیری ادله در پروسه اجتهاد و استنباط آگاه است و همانگونه که سبکی می گوید: « قوت و ضعف مدرک و دلیل جزو مواردی است که فقط افراد اندکی می توانند بدان احاطه پیدا کنند و ضعیف یا قوی بودن دلیل

^۱ - المرغینانی، الهدایة، ج ۲، ص ۸.

^۲ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۷۳.

گاهی با کمترین اندیشه و تأمل آشکار می شود و گاهی به تفکر طولانی نیازمند است^۱ اما چنین به نظر می آید که شخص غیر مجتهد و دارای ملکه علمی - فقهی و اصولی هم می تواند درباره قوی یا ضعیف بودن خلاف، حکم صادر نماید و رأی او در این باره مورد توجه و ملاحظه قرار بگیرد مادام که او خلاف را بطور ژرف و همه جانبه مطالعه کرده و به تمام جوانب آن از جهت قرآن و سنت و اجماع و قیاس و استدلال احاطه داشته باشد. مقصود این است که تشخیص خلاف صحیح از غیر صحیح همانگونه که جزو وظایف مجتهدین است غیر مجتهدین هم که از ملکه و ابزارهای علمی لازم برخوردار می باشند می توانند از عهده این عمل برآیند و این وظیفه را به نحو احسن انجام دهند هرگاه تمام توان و تلاش خویش را در این جهت مبذول سازند. مقتضای این رأی همانگونه که پیدا است جواز تجزی اجتهاد است.

فرق میان مجتهد و غیرمجتهد در این است که مجتهد توانایی تمیز و تشخیص خلاف صحیح را در تمام مسائل خلاف دارد اما غیر مجتهد یعنی کسی که ابزارهای علمی و فقهی لازم را تحصیل کرده است فقط در مسائلی که پیرامون آنها تحقیق انجام داده توانایی چنین عملی را دارد.

ضابطه دیگری نیز وجود دارد که شاطبی آن را به اهل علم اختصاص داده است. او می گوید: «اگر گفته شود آیا فقیهان غیر مجتهد ضابطه ای در این باره دارند که بتوانند بدان اعتماد کنند یا خیر؟ در جواب باید گفت که یک ضابطه تقریبی وجود دارد و آن این است که اقوال و آرای که در زمره غلط و لغزش بشمار می آیند در شریعت بسیار اندک هستند و غالباً شاذ می باشند و کمتر اتفاق می افتد که مجتهدی آنها را تأیید کرده باشد. پس هرگاه صاحب یک قول از جمهور مسلمانان جدا گردد اعتقاد داشته باش که حق با اکثریت مجتهدین است نه مقلدین»^۲. زیرا در بیشتر حالات، صواب در نزد اکثریت است.

۱- السبکی، الأضواء والنظائر، ج ۱، ص ۱۱۳.

۲- الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۷۳؛ ابن الهمام، شرح فتح القدیر، ج ۷، ص ۳۰۵.

ضابطه خلاف صحیح و معتبر براساس تقسیم مردم به مجتهدین و مقلدین همین است که گفته شد اما ضابطه خلاف صحیح به اعتبار خود خلاف این است که هرگاه قاضی بدان حکم کند حکمش نقض نگردد چه، بیشتر فقها گفته اند: «خلافی که هرگاه قاضی بدان حکم کند حکمش نقض گردد شبهه بشمار نمی آید. سبکی می گوید: «حاصل سخن این است که خلاف مخالف در یک امر مظنون معتبر است اما خلاف مخالف در امر مقطوع یا قریب به قطع، فاقد اعتبار است. بنابراین ضابطه همان نقض حکم قاضی است بدین معنا که هرآنچه نقض نمی گردد عذر بشمار می آید و هرآنچه که نقض می گردد عذر بشمار نمی آید»^۱.

بنابراین هرگاه حکم، مخالف دلیل قطعی مانند نص^۲، اجماع، قیاس جلی و قواعد باشد نقض می گردد.^۲ علت نقض حکم مخالف اجماع این است که اجماع، معصوم و حکمش حق است و خلاف آن قطعاً باطل است. اما حکم مخالف قواعد و قیاس جلی و نص اگر رای معارض راجح در میان نباشد نقض و فسخ می گردد اما هرگاه معارض راجح وجود داشته باشد حکم فسخ نمی گردد و هرگاه دلیل معارض در میان نباشد یا اصلاً بطور کلی معدوم باشد مانند اینکه اجتهاد از روی توهم امری که در نفس امر وجود ندارد یا از روی عدم آگاهی به قواعد و نصوص و قیاس انجام گرفته باشد یا اینکه دلیل معارض مرجوح باشد مانند حدیث ضعیف و مانند آن، در تمام این حالات، اجتهاد غیر معتبر است.^۳

شایسته یادآوری است که از نظر اکثریت فقها مقصود از سنت، مطلق سنت نیست. مؤلف کنز الدقائق می گوید: «اگر حکمی به قاضی ارائه گردد باید آن را اجرا و تنفیذ کند مگر آنکه مخالف

^۱ - السبکی، الأشیاء والنظائر، ج ۱، ص ۳۹۵؛ ابن عبدالسلام، قواعد الأحكام، ج ۲، ص ۱۹۱.

^۲ - الشربینی، مغنی المحتاج، ج ۴، ص ۳۹۶؛ الونشریسی، ایضاح المسالک، ص ۶۱؛ الغرشی، شرح الغرشی علی مختصر خلیل، ج ۷، ص ۱۶۳.

^۳ - القرافی، الأحكام فی تمییز الفتاوی عن الأحكام، ص ۷۳.

قرآن و سنت مشهور و اجماع باشد.^۱ زیلعی در شرح خود بر این گفتار، می گوید: «او به جهت احتراز از حدیث غریب، سنت را به مشهور مقید کرده است».^۲ ابن همام نیز به این رأی گرویده است.^۳ همچنین نوع خاصی از قیاس در نقض حکم نقض می گردد.^۴ در تفسیر این نوع خاص از قیاس یعنی قیاس جلی گفته شده است: «قیاسی جلی آن است که انتقای فارق یا ضعیف بودن آن، قطعی باشد. به عبارتی دیگر، قیاسی که تأثیر فارق میان اصل و فرع بطور قطع منتفی یا تأثیرش بسیار به دور باشد آن قیاس جلی است. مانند قیاس زدن بر تأفیف در حق والدین. همچنین آنچه که در آن به وجود مساوات میان اصل و فرع قطع شود حتی اگر اولی نباشد همین حکم را دارد مانند قیاس کنیز بر برده در سرایت آزادگی».^۵

گفتار سوم: خلاف محل اختلاف

سومین قسم از اقسام خلاف، خلافی است که درباره اعتبار یا عدم اعتبار آن اختلاف وجود دارد. سبکی می گوید: «درک قوت و ضعف یک دلیل ممکن است به تأمل و اندیشیدن نیاز داشته باشد که در این حالت پدیدار گشتن اختلاف در اعتبار خلاف، امری حتمی است. منشأ این اختلاف همان دلیل است خواه آن دلیل قوی باشد یا خواه ضعیف.

از جمله خلاف فقهی که فکر و نظر در مورد قوت یا ضعف آن، مردد است روزه گرفتن در سفر است. داود می گوید: روزه گرفتن در سفر صحیح نیست و براساس همین قول داود است که این

^۱ - الزیلعی، تبیین الحقائق، ج ۴، ص ۱۸۸.

^۲ - همان مرجع، ج ۴، ص ۱۸۹.

^۳ - ابن همام، شرح فتح القدر، ج ۷، ص ۳۰۰.

^۴ - الخرشی، شرح الخرشی علی مختصر خلیل، ج ۷، ص ۱۶۳؛ الدوسوقی، حاشیة الدوسوقی، ج ۴، ص ۱۵۳.

^۵ - الشربینی، مغنی المحتاج، ج ۴، ص ۳۹۶؛ الدردیر، الشرح الکبیر، ج ۴، ص ۱۵۳.

اختلاف پدید آمده که آیا بهتر در سفر روزه نگرفتن بطور مطلق است تا بدین ترتیب خروج از خلاف داود حاصل شود؟^۱

از دیگر نمونه های خلاف مورد اختلاف مجتهدین که آیا به قسم نخست ملحق شود و معتبر بشمار آید یا اینکه آن را به قسم دوم باید ملحق کرد و آن را غیر معتبر دانست، مذهب داود ظاهری است.

اصولیان شافعی در این باره سه قول دارند:^۲

قول نخست: خلاف داود بطور مطلق معتبر است. ابو منصور بغدادی گفته که قول صحیح در مذهب شافعی همین است و ابن صلاح هم گفته است که فقها اخیراً این رأی را پذیرفته اند و سبکی نیز این رأی را برگزیده است.

قول دوم: خلاف داود مطلقاً معتبر نیست. این رأی ابو اسحاق اسفراینی است که او آن را از جمهور نقل کرده است. و رأی برگزیده امام الحرمین نیز همین است.

قول سوم: خلاف ظاهریه معتبر است مگر آنکه مخالف قیاس جلی باشد. این رأی ابن صلاح است. از میان سه قول پیشگفته چنین بنظر می آید که قول اول راجح می باشد زیرا داود از جمله مجتهدین امت اسلام بشمار می آید و معتبر ندانستن آراء و نظریات اجتهادی او بطور مطلق به دور از انصاف است و رأی سوم مبنی بر عدم اعتبار خلاف داود در مسائل و احکام مخالف قیاس جلی نباید تنها به مذهب داود اختصاص داده شود زیرا هر مذهبی که برخلاف قیاس جلی باشد غیر معتبر است.

از نمونه های دیگر این قسم از خلاف، حکایتی است که ونشریسی مالکی آن را نقل کرده است. خلاصه حکایت مذکور این است که یکی از منسوبین به علم پس از اینکه زنش را سه بار طلاق داده بود - طلاق نخست و طلاق سوم به صورت خلعی - زنش با اینکه با طلاق سوم باین گردیده اما با این

^۱ - السبکی، الأشباه والنظائر، ج ۱، ص ۱۱۳.

^۲ - السبکی، طبقات الشافعية الکبری، ج ۲، ص ۲۸۹.

حال وی را برگردانده است و هنگامی که از علت این عمل از وی سؤال شد او در جواب گفته بود: به مذهب ابن عباس که معتقد است خلع، فسخ است عمل کردم. این مسأله هنگامی که پیش « ابوحسن الصغیر » مطرح شد او گفت: جدا ساختن میان آن زن و شوهر واجب است و شوهر باید تعزیر بدنی شود به دلیل شبهه ای که او مطرح کرده است - شبهه مذکور همان عمل کردن به مذهب قایل به فسخ بودن خلع است و حدود بوسیله شک اجرا نمی شود.^۱ اما این مسأله هنگامی که برفقیه دیگری - ابراهیم السریفی - مطرح شد او شبهه مذکور را رد کرده و به سنگسار کردن آن مرد فتوا داده و گفته است که شبهه مورد ادعای زوج غیر قابل مراعات است^۲ و بدین ترتیب او خلاف مذکور را معتبر ندانسته است.

سبب اختلاف علما در مورد این قسم از خلاف این است که حکم کردن در باره مأخذ و دلیل مخالف از لحاظ قوی یا ضعیف یا شاذ بودن یک مسأله صرف اجتهادی است و بنابراین اختلاف دیدگاهها در این باره امری حتمی است زیرا اختلاف جزو ماهیت اجتهاد است. افزون بر آن، سبب دیگری نیز وجود دارد و آن این است که برخی فقها صرف حصول ظن راجع به ضعف مأخذ مخالف، برای عدم اعتبار خلاف کافی می دانند حال آنکه از نظر دیگر فقها حصول ظن غالب نزدیک به قطع، شرط است. بارزترین و مهمترین مثال برای این موضوع، مسأله نقض حکم اجتهادی توسط قاضی است زیرا تشخیص حکم قابل نقض از غیر قابل نقض در بسیاری اوقات امری مشکل است.

بعنوان مثال، در مذهب شافعیه راجع به مسأله نقض حکم دو گرایش وجود دارد. اسنوی می گوید: « اگر حکمی از سوی قاضی مخالف به نزد قاضی شافعی آورده شود و قاضی شافعی به نقض آن حکم اعتقاد نداشته باشد بلکه معتقد است که آن رأی، صحیح تر است آیا در این حالت، قاضی شافعی حق

^۱ - الوثنریشی، المعیارالمعرب، ج ۲، ص ۴۹۴.

^۲ - همان مرجع، ج ۴، ص ۴۹۵، ۵۰۴.

تنفیذ و اجرای آن را دارد؟ دراین باره دو رای وجود دارد : ۱- از آن روی بگرداند و آن را تنفیذ نکند زیرا اجرای آن به منزله کمک کردن به آنچه که از نظرش خطا است می باشد. ابن کج این قول را از امام شافعی نقل کرده است.^۱ ۲- رأی دوم که اصح است همانگونه که سرخی می گوید و ابن القاص بدان جواب داده است : باید آن را تنفیذ و اجرا کند و عمل هم براساس همین رأی است. همانگونه که اگر قاضی شافعی در مسأله ای حکم داده و سپس اجتهادش تغییر کرده باشد اما مقتضی نقض نباشد همین حکم را دارد. به عبارتی دیگر، اگر اطراف نزاع در آن مسأله ای که قاضی درمورد آن حکم صادر کرده است به او مراجعه کنند او همان حکم اول را امضا و اجرا می کند حتی اگر اجتهاد دوم او به رأیی دیگر که صحیح تر است بینجامد.^۲

درمذهب مالکیه نیز چنین به نظر می آید که همین دو گرایش وجود دارد. ابن عبدالحکم می گوید: « معتقدم که هر قضاوتی در مسائل اختلافی باید پذیرفت مادامی که آن اشتباه واضح و هیچکس بدان قایل نباشد نیست ». ^۳ براین اساس، قضاوت مبتنی بر دلیل ضعیف از نظر مذهب مالکی مردود نمی باشد اما ابن ماجشون می گوید: « آن مردود است حتی اگر رأی مخالف، قوی و مشهور باشد مادام که آن برخلاف سنت ثابت است ». ^۴ بنابراین اگر حاکمی به شفعه جوار، انعقاد ازدواج محارم و میراث ذوی الأرحام که از نظر مالکیه دارای مآخذ و دلایل ضعیف هستند حکم دهد بنابر رأی نخست، احکام مذکور نافذ و اجرا می گردد اما بنا بر رأی دوم باید نقض شوند.^۵

۱- الشافعی، الأم، ج ۶، ص ۲۲۸؛ النووی، روضة الطالبین، ج ۸، ص ۱۳۷.

۲- الأسنوی، التمهید، ص ۶۶۵؛ - السبکی، الأشباه والنظائر، ج ۱، ص ۴۰۱-۴۱۶.

۳- ابن فرحون، تبصرة الحکام، ج ۱، ص ۷۹.

۴- بلکا، الاحتیاط، ص ۳۰۷.

۵- ابن فرحون، تبصرة الحکام، ج ۱، ص ۷۹، الرهونی، حاشیة الرهونی علی مختصر خلیل، ج ۷، ص ۳۳۴، ۳۳۶.

در مذهب حنفیه و حنبلی نیز همین دو گرایش وجود دارد.^۱ مقصود این است که برخی از فقها به عدم نقض حکم قضایی گرایش دارند مگر آنکه، مخالف دلیل قطعی باشد و برخی دیگر به نقض حکم و عدم اجرای آن اعتقاد دارند.

حقیقت این است که موضوع پیشگفته موضوع پیچیده و دشواری است اما با این حال می توان گفت که هرگاه حکم قاضی میان نقض و اجرا مردّد باشد نقطه نکردن آن، اولی و بهتر است زیرا اصل عدم نقض است و نباید به صرف احتمال یا ظن، حکم را نقض کرد زیرا در اینگونه مسائل اجتهادی، یقین بوسیله شک زایل نمی گردد.

ابن همام می گوید: « روشن است که هرگاه تعارض معنا با دلیل نقلی - نص - موجب اشتباه دلیل شود آن محل در زمره مواضع اجتهاد بشمار می آید و حکم قاضی بدان نافذ می گردد. بنابراین هر خلافی میان شافعی و مالک یا میان ما و آن دو یا یکی از آنان بخاطر شبهه دلیل است و بدین ترتیب نقض آن جایز نیست».^۲

خلاصه سخن این است که خلاف هرگاه میان اعتبار و اجرا و ابطال و الفا مردّد باشد معتبر دانستن آن، اولی و بهتر است و براین اساس با توجه به رأی اول یعنی رأی قایل به عدم نقض حکم مخالف، قاعده مراعات فراگیرتر می شود حال آنکه براساس رأی دوم یعنی رأی قایل به نقض حکم مخالف، دایره آن محدود و تنگ می گردد. و با این وصف می توان گفت که قاعده مراعات خلاف شامل قسم سوم خلاف نیز می شود زیرا مادام که در این قسم، اختلاف وجود دارد که آیا معتبر یا غیر معتبر بشمار آید؟ احتیاط محض بدون لحاظ قراردادن مأخذ و دلیل مخالف، مقتضی خروج از این نوع از خلاف می باشد و بدین ترتیب نسبت به این قاعده، نوع سومی از خلاف باقی نمی ماند زیرا خلاف یا

۱- ابن الهمام، شرح فتح القدیر، ج ۷، ص ۳۰۱-۳۰۲؛ الزیلعی، تبیین الحقائق، ج ۴، ص ۱۸۹، ۱۹۰؛ ابن قدامه، الکافی، ج ۴، ص ۲۹۲.

۲- ابن الهمام، شرح فتح القدیر، ج ۷، ص ۳۰۳.

معتبر است که خلاف مورد اختلاف در زمره آن جای می گیرد و خروج از آن مندوب می باشد یا خلاف غیر معتبر که رعایت ورع و خروج از آن، مندوب نمی باشد.

مبحث ششم: حالات مراعات خلاف

بیشتر قائلان به مراعات خلاف، آن را از حیث فعل به یک حالت خاصی مقید نکرده اند بلکه از نظر آنان ضابطه مراعات خلاف همان قوی و موجه بودن دلیل مخالف است بدینگونه که هرگاه خلاف از دلیل قوی و مأخذ قابل توجه برخوردار باشد آن شایسته مراعات است بدون آنکه این مراعات و اعتبار، مقید به قبل یا بعد از وقوع خلاف باشد. اما در مذهب مالکیه، بسیاری از فقها میان حالت قبل از وقوع و بعد از آن، فرق قایل شده اند. برخی از آنان خلاف را قبل از وقوع فعل بنا بر اصل براءت و احتیاط و بیم از واقع شدن در ورطه شبهه، مراعات کرده اند و برخی دیگر خلاف را پس از وقوع بنا بر ملاحظه قرارداد مصلحت و معتبر دانستن پیامدها - اعتبار مآل - که دلیل مخالف نسبت بدان از قوت کافی برخوردار می گردد، مراعات کرده اند.^۱

حقیقت این است که مقید کردن اعتبار مراعات خلاف به یک حالت - قبل یا پس از وقوع - از لحاظ نظری قابل توجیه نیست زیرا مناط اعتبار مراعات همان قوی و موجه بودن مأخذ خلاف است که مورد اتفاق تمام قائلان به استحباب خروج از خلاف نیز می باشد. دیگر آنکه آنچه در باره قوت مأخذ و دلیل گفته شد به برخی حالات، محدود نمی گردد زیرا آن در هر دو حالت قبل و بعد از وقوع وجود دارد و مراعات خلاف بدین ترتیب ناظر به شرایط و اوضاع تکلیف از حیث وقوع نیست زیرا آن در این صورت، به منزله انشای حکم است و انشای حکم پس از وقوع تغییر نمی کند زیرا حکم پس از وقوع همان حکم قبل از وقوع است.

^۱ - بلکا، الاحتیاط، ص ۳۳۱-۳۳۲.

افزون بر آن، خلاف قبل از حکم حاکم همچنان به حالت و قوت خود باقی می‌ماند اما پس از حکم حاکم خلاف نسبت به مسأله‌ای که حاکم درباره آن حکم صادر کرده است مرتفع و زایل می‌گردد و بر این اساس، خلاف را می‌توان به دو قسم تقسیم کرد: ۱- خلاف قبل از حکم حاکم ۲- خلاف پس از حکم حاکم. گاهی هم خلاف بگونه‌ای است که خروج از آن متعذر و امکان مراعات آن منتفی می‌گردد که شرح و توضیح هر کدام از موارد و حالات پیشگفته از قرار زیر است:

گفتار اول: حالات مراعات خلاف به اعتبار قبل یا پس از وقوع فعل

در این مبحث این سؤال مطرح است که مراعات خلاف با توجه به قبل یا پس از وقوع فعل، آثار شرعی متفاوت دارد یا اینکه هر دو حالت از لحاظ مترتب شدن آثار، یکسان می‌باشند؟

بند اول: مراعات قبل از وقوع فعل

صورت این حالت بدین گونه است که مجتهد پس از اجتهاد ماخذ و دلیل مخالف را صحیح و قوی بیاید. به دیگر سخن، مقتضای ماخذ دلیل مخالف بر وفق احتیاط و در موازات جهت دارای مشقت بیشتر- آشق- یا در جهت محقق ساختن مصلحت شرعی واضح و روشن که همان جهت آسانتر - اخف- است باشد که در این حالت، مجتهد براساس اجتهاد مخالف حکم می‌کند و مقتضای آن را ترجیح می‌دهد و در همان ابتدا، ظهور اجتهاد مخالف را تعیین و روشن می‌سازد و امثال و فرمانبرداری براساس اجتهاد مخالف و مقتضای آن قبل از شروع فعل را جایز می‌داند.

از نمونه احکام فقهی که براساس مراعات خلاف قبل از وقوع تخریج شده‌اند حکم دادن به کراهت یک شی بخاطر مراعات خلاف است. فقها در بسیاری اوقات علیرغم وجود دلیل بر حلال بودن یک شی از نظر آنان حکم به کراهت آن شی داده‌اند. ابن عربی می‌گوید: «حکم کردن به راجع، موجب نفی کلی حکم به مرجوح نمی‌گردد بلکه در نظر گرفتن مرجوح برحسب رتبه آن، واجب است و مستند امام مالک در مورد چیزهایی که خوردنشان را مکروه دانسته همین است. امام مالک

بخاطر ظهور دلیل، حکم به حریت آن اشیاء داده اما با این حال به دلیل مخالف، ترتیب اثر داده است که اگر اینگونه مسائل بررسی شوند صحت این گفتار روشن می گردد.^۱

سبکی می گوید: «گاهی حکم خروج از خلاف از درجه استحباب به درجه کراهت فزونی می یابد مانند بیع «عینه» که انجام آن مکرره است.^۲ «بیع عینه» با اینکه در مذهب شافعیه جایز و حلال است اما بخاطر مراعات خلاف حکم به کراهت آن داده شده است.

مازری می گوید: «چیزی که اصلاً منفعت ندارد تملک کردن آن صحیح نیست. البته اگر جزو مواردی باشد که شارع از تملک آنها نهی کرده است مانند مردار و خون و گوشت خوک. اما آنچه که داری منفعت مقصوده باشد دارای سه قسم است: ۱- سایر منافع حرام باشد ۲- سایر منافع حلال باشد ۳- برخی از منافع حلال و برخی دیگر حرام باشد. اگر تمام منافع آن حرام باشد آن در زمره قسم اول که در آن هیچ منفعتی نیست جای دارد مانند خمر و اگر تمام منافع حلال باشد خرید و فروش آن به اجماع جایز است مانند لباس و عقار. اما اگر منافع مختلف و متفاوت باشد آن جزو مشکلات و محل لغزش عالمان است و فقها در این قسم دچار دوگانگی شده اند که به امید خداوند متعال از این قسم پرده برخواهم داشت. مساله اگر مورد اختلاف باشد باید بدینگونه عمل کرد: اگر منافع و مقصود از آنها حرام باشد تا بدانجا که منافع حلال نسبت به منافع حرام همچون امر ملغی و هیچ بشمار آید آن بیع جایز نیست و الحاق آن به یکی از دو اصل مورد اتفاق همگان، امری روشن است زیرا منافع بدون ملاحظه و اعتبار همچون عدم است و اگر منافع همچون عدم تلقی گردند آن شیء همچون چیزی خواهد بود که تمام آن حرام است. اما اگر بر عکس باشد حکم عکس خواهد داشت بدینگونه که اگر بیشتر منافع و مقصود از آنها مباح و حلال باشد و امر حرام در آن اصلاً مقصود نباشد آن بیع حلال خواهد بود اما قسم مشکل تر این است که یک شیء دارای

^۱ - الوئشریسی، المعیار العرب، ج ۱۲، ص ۳۷

^۲ - السبکی، الاشیاء و النظائر، ج ۱، ص ۱۱۶

منفعت حرام مقصوده باشد و سایر منافع آن حلال و مقصوده باشد که این نوع هم باید به قسم ممنوع ملحق شود زیرا مقصود بودن آن منفعت حرام بیانگر این است که آن در ازای بخشی از «ثمن» قرار دارد و عقد شامل آن گردیده همانگونه که سایر منافع بجز آن را نیز شامل شده است و در حقیقت آن یک عقد واحد بر یک شی واحد است بگونه‌ای که تبعیض و مجزا ساختن آن ممکن نیست و چه بسا در این قسم، مسائلی واقع شود که از نظر یک عالم، مشکل و مبهم جلوه نماید و منفعت حرام، مبهم و مشکل به نظر آید که آیا مقصود است یا خیر؟ اما سایر منافع بجز آن را حلال و مقصوده بیابد که او در این حالت از حکم دادن به تحریم امتناع می‌کند بخاطر آنکه منافع مقصوده حلال هستند و بدلیل وجود ابهام و اشکال در آن منفعت حرام که آیا مقصوده است یا خیر؟ تمایلی به اطلاق حکم اباحه نداشته باشد که شخص متورّع و محتاط در این گونه مسائل توقف می‌کند. اما چه بسا مجتهد دیگری در این باره تساهل کند و به کراهت حکم دهد. به عبارت دیگر، آن شی را نه منع می‌سازد و نه حرام اعلام می‌کند بلکه بخاطر وجود ابهام و التباس، قایل به کراهت می‌گردد و با اینکه مثالهای این باب فراوان می‌باشند اختلاف اصحاب درباره فروش سگ شکار تو را کفایت می‌کند»^۱.

گفتار پیشین بیانگر این است که قول به کراهت - بعنوان مثال - بخاطر مراعات خلاف قبل از وقوع فقط بدلیل اختلاف از حیث اختلاف نیست بلکه آن ناظر به ادله و برقراری موازنه بین آنها است. زیرا بنا کردن کراهت بر صرف اختلاف، قوی است که هیچ کس بدان معتقد نمی‌باشد و فقها فقط در هنگام تعبیر و بررسی این موضوع می‌گویند که اختلاف علما مراعات می‌شود نه اینکه ادله متعارض مورد مراعات قرار می‌گیرد. دلیل این مسأله این است که اختلاف فقها معمولاً به تعارض ادله بر می‌گردد و فقیه تنها بر مبنای یک دلیل صحیح فتوا می‌دهد و همانگونه که قبلاً گفته شد مرجع حالت قبل از وقوع، احتیاط و ورع و پاک نگهداشتن دین و تجویز خطا نسبت به اجتهاد

^۱ - بلکا، الاحتیاط، ص ۲۳۴

مظنون است. و به همین دلیل، شواهد فقهی که به این حالت برمی گردد فراوان و بسیار می باشند اما نکته ای که درباره برخی از این نمونه های فقهی - حکم به کراهت - قابل ملاحظه است این است که مجتهد میان مقتضای اجتهاد خود و اجتهاد مخالف با قایل شدن به واسطه میان آندو، جمع می کند. در حقیقت مجتهد میان دو مدلول مرتبط با حکم، جمع می کند و به آنچه که از حیث امتثال و فرمانبرداری اولی و بهتر است حکم می کند همانگونه که شافعیه بخاطر اختلاف درباره قربانی «متروک التسمیه» یا مالکیه بخاطر اختلاف درباره نجاست یا طهارت آب مستعمل، قایل به حد وسط یعنی کراهت شده اند.^۱ و براین اساس، خلاف مخالف از یک وجه و نه بطور مطلق مراعات گردیده است زیرا بعنوان مثال در کراهت آب مستعمل، حکم نجاست یا طهارت متعین نیست و فقط حکم اصل بخاطر لحاظ کردن حکم مخالف و با در نظر گرفتن آن در وجهی که در آن راجح است بدان داده شده است. حال اگر گفته شود که کراهت ضد جواز و ضد تحریم است و مراعات کننده خلاف در این صورت، ضد هر دو عمل کرده است؟ در جواب این اشکال باید گفت که هرگاه دو دلیل در یک قاعده ای متعارض شوند در این صورت از باب احتیاط، استنباط دلیل سومی که مستلزم سلامت و پرهیز از شبهه و رهایی از مشکل باشد، لازم و متعین می گردد. و بنابراین مراعات خلاف در این حالت، عمل کردن به این دلیل سومی در هنگام تعارض ادله در مورد یک مساله است.^۲ افزون بر آن، این رای به اصل تغلیب منع بر اباحه^۳ در هنگام حصول شک و تردید در حرام و غیره در مسائل خلاف، الثقات دارد و بنابراین بسیاری از شواهد فقهی مراعات خلاف قبل از وقوع بر این اصل که مورد قبول بسیاری از فقها است تخریج می گردد. البته ناگفته نماند که اصل مذکور با حدیث:

^۱ - الخطاب، مواهب الجلیل، ج ۱، ص ۹۲

^۲ - ابن فرحون، کشف النقاب الحاجب، ص ۱۶۷

^۳ - السبکی؛ الاشباه و النظائر، ج ۱، ص ۱۱۷

«حرام حلال را حرام نمی‌سازد»^۱ منافات ندارد زیرا حلال بر اصل مذکور از باب تغلیب و احتیاط حکم حرام گرفته نه آنکه ذات آن حلال حرام است.^۲

بند دوم: مراعات پس از وقوع فعل

صورت این حالت بدینگونه است که مجتهد بعنوان مثال در یک مسأله‌ای دلیل منع را در آغاز راجح بداند اما اگر فعل بر خلاف آن واقع شود دلیل مخالف- مجتهد دیگر- را که از نظرش مرجوح است بخاطر وجود علتی که مقتضی رجحان دلیل مخالف در آن مسأله است مراعات می‌کند مانند تعلق مهریه به زن- در مذهب مالکیه و شافعیه - در ازدواج بدون ولی. در دو مذهب مالکی و شافعی با اینکه نکاح بدون ولی فاسد و باطل است اما خلاف و آثار مترتب بر آن را پس وقوع مراعات کرده‌اند زیرا مکلف بطور کلی بر وفق دلیل و گرچه از نظر مجتهد، مرجوح بوه، عمل کرده است و حکم دادن براساس بطلان راجح در نزد دو مذهب شافعی و مالکی به مفسده و ضرری بیشتر از مقتضای نهی از آن فعل می‌انجامد. این راهکار و عملکرد در حقیقت همان در اعتبار گرفتن پیامدها و نتایج یک فعل است. وقوع فعل از سوی مکلف بروفق یک رای اجتهادی حتی اگر آن رای از نظر مجتهد، مرجوح باشد موجب تجدیدنظر در صحت آن فعل پس از وقوع می‌گردد که این در حقیقت بر خلاف عمل کردن براساس اجتهاد خود مجتهد پس از وقوع است. زیرا مجتهد اگر در این حالت اجتهاد خود را اعمال و اجرا نماید به مفسده‌ای همسان یا بیشتر از مفسده نهی می‌انجامد که این خود موجب در نظر قراردادن پیامدها و نتایج افعال و اعمال می‌گردد؛ آن پیامدها و نتایجی که اگر نمی‌بودند مجتهد رای خود را بر وفق رایی که به ضعیف بودن آن اعتقاد دارد مبتنی نمی‌ساخت. اسباب و عواملی که مستلزم مبنا قراردادن رای مخالف پس از وقوع فعل می‌گردد به قرار زیر است:

^۱ - الدارقطنی، سنن الدارقطنی، ج ۴، ص ۴۰۱؛ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۴۹؛ المناوی، فیض القدیر، ج ۶، ص ۷۸؛ الالبانی،

ارواء الغلیل، ج ۶، ص ۲۲۸

^۲ - السبکی، الاشباه والنظائر، ج ۱، ص ۱۱۸

یکم- پدید آمدن امور و شرایط جدید که مستلزم نظر و رای جدید است بگونه‌ای که مساله پس از وقوع فعل، شکل و صورت مساله قبل از وقوع را ندارد که در این صورت، مجتهد فرض را بر این می‌گذارد که مساله پس از اینکه واقع گردیده بر او عرضه شده است تا بدین ترتیب رای و نظر، دلیل یا مصلحت موجود در آن مسأله پس از وقوع را شامل شود.

دوم- پدید آمدن اشکالات سخت و پیامدهای منفی در صورت اجرا ساختن اجتهاد پیشین. بعنوان مثال، اگر نمازگزار به امام برسد و تکبیر احرام را فراموش کند و برای رکوع تکبیر بگوید در این مساله مجتهد اگر به عدم جواز ادامه نماز همراه با امام اعتقاد داشته باشد این اجتهاد به اشکالات و ایرادات دشواری برمی‌خورد از جمله آنکه با قاعده تحریم باطل ساختن اعمال^۱ در تضاد خواهد بود. ابواسحاق شاطبی توضیح دقیقی در این باره دارد. او می‌گوید: «کسی که مرتکب عمل مورد نهی شده ممکن است احکام مترتب بر آن به حکم تبعیت نه اصالت بیش از حد معمول باشد یا ممکن است به امری شدید و سخت‌تر از مقتضای نهی بینجامد. در این حالت یا او را به آنچه که انجام داده باید وا گذاشت یا اینکه عمل فاسد انجام گرفته بگونه‌ای تجویز شود که با عدالت سازگاری داشته باشد زیرا عمل انجام گرفته بالجمله بر وفق یک دلیل واقع شده است و حتی اگر آن دلیل، مرجوح باشد آن نسبت به حالت پس از وقوع راجح است زیرا قایل شدن به چنین جوازی اولی و سزاوارتر از زایل کردن آن مساله همراه با وارد ساختن ضرر و زیان بیش از مقتضای نهی به مکلف است. پس مساله بدینگونه است که دلیل نهی قبل از وقوع قویتر بوده اما پس از وقوع، دلیل جواز قویتر گردیده است بخاطر آنکه دلیل جواز پس از وقوع مقرون به قراین و اسباب ترجیح دهنده است».^۲

بنابراین مکلف اگر عملی را که شارع از آن نهی کرده است مرتکب شود ارتکاب آن عمل نباید موجب اجحاف و ستم و تعدی نسبت به آن مکلف از خلال اعمال مجازات بیشتر و احکام سنگین-

^۱ - الزحیلی، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۶۴۸؛ الطباطبائی، ریاض المسائل، ج ۱، ص ۱۴۶

^۲ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۲۰۳-۲۰۴

تر، گردد بویژه اگر عمل مکلف بر وفق دلیل مجتهدی دیگر انجام گرفته و وجهی از مشروعیت و صحت دارا باشد. روایت انس بن مالک گواه این مساله است. او می‌گوید: «مردی اعرابی در کنجی از مسجد ادرار کرد و مردم خواستند او را بخاطر این عمل توبیخ و سرزنش کنند که پیامبر - ص - آنان را از این کار بازداشت. آن مرد اعرابی پس از آنکه ادرارش را به پایان رساند پیامبر (ﷺ) دستور داد تا یک سطل آب بر آن بریزند.»^۱ این شخص اعرابی با آنکه مرتکب عملی که بطور قطع از آن نهی شده گردیده است اما پیامبر (ﷺ) دستور داد او را رها کنند تا قضای حاجتش را به پایان برساند زیرا قطع کردن عمل ادرار ضرر و زیان و مفسده بدنبال دارد و بلند کردن یا دور کردن او از محل قضای حاجت به نجس کردن مسجد و بدن و لباس او می‌انجامد و بخاطر این زیان‌ها و مفساد است که در این مساله جانب ترک بر جانب منع، ترجیح داده شد.

حدیث حضرت عایشه - رضی الله عنها - شاهد دیگر این مساله است. او می‌گوید: «پیامبر (ﷺ) به من گفت: اگر بخاطر تازه مسلمان بودن اقوام و خویشاوندان نبود کعبه را خراب می‌کردم و آن را براساس قواعد ابراهیم دوباره می‌ساختم. قریش هنگامی که خانه خدا را ساختند آن را کوتاه درست کردند و برای آن از پشت، در قرار می‌دادم.»^۲

پیامبر (ﷺ) با اینکه در این حدیث تصریح کرده که کعبه بر خلاف اصل ساخته شده است اما او بدلیل آنکه ساختن دوباره کعبه به مفساد و زیان‌هایی از جمله کاهش حرمت و قداست خانه خدا یا برانگیخته شدن خشم و تعصب جاهلی و... می‌انجامد از انجام این عمل دست نگه داشته است.

امام شاطبی در تبیین دلایل این حالت از حیث حصول امتثال برخلاف صواب و تصحیح آن، روش دیگری ذکر کرده است. او می‌گوید: «کسی که از روی جهل و خطا مرتکب عملی شده است عمل او از دو جهت قابل ملاحظه است: ۱- از جهت مخالفت با امر و نهی که از این لحاظ آن مقتضی ابطال

۱- البخاری، صحیح البخاری، ج ۱، ص ۶۲: الطحاوی، شرح معانی الآثار، ج ۱، ص ۱۳

۲- البخاری، صحیح البخاری، ج ۴، ص ۱۱۸: مسلم، صحیح مسلم، ج ۴، ص ۹۷: ابن حنبل، المستدرک، ج ۶، ص ۱۱۳

است ۲- از جهت قصد او در جهت موافقت با شرع بالجمله زیرا او در زمره مسلمانان بشمار می‌آید و بر این اساس باید حکمی برای او تدراک دید که عمل فاسد انجام گرفته از روی خطا یا جهل را براساس آن، تصحیح کرد. همچنین اگر او به عمد مرتکب عمل فاسد شده باشد حکمی که برای او صادر می‌گردید نباید از دایره احکام اسلام بیرون باشد زیرا او مسلمان بوده و با شارع ستیزه جوئی نداشته است بلکه او از روی غفلت و بی توجهی نسبت به پیامد عملی که مرتکب شده از شهوت و هوای نفس خویش پیروی کرده است»^۱.

خلاصه سخن این است که خلاف پس از وقوع بطور کلی به اعتبار پیامدهای ناگهانی حادثه برمی‌گردد. مجتهد در این حالت، تصرفات و اعمالی را که قبل از وقوع باطل می‌دانست آنها را پس از وقوع بخاطر پیامدها و نتایج شان نافذ و صحیح بشمار می‌آورد زیرا در بسیاری اوقات عمل در اساس مشروع است اما بخاطر مفاسدی که بدنبال دارد از آن نهی می‌شود و در بسیاری اوقات عمل در اساس ممنوع است اما بخاطر مصلحت حتمی که بدنبال دارد نهی از آن، ترک می‌گردد.^۲

از بارزترین شواهد فقهی که برای این حالت - مراعات خلاف پس از وقوع - می‌توان ذکر کرد تصحیح نکاح‌های فاسد است. این گونه نکاح‌های فاسد از لحاظ مترتب شدن آثار بر آنها همچون نکاح صحیح در نظر گرفته شده‌اند و گرنه در حکم زنا می‌بودند حال آنکه به اتفاق همگان دارای حکم زنا نمی‌باشند و به همین دلیل است که در این گونه ازدواج‌ها هرگاه پس از دخول از آنها اطلاع و آگاهی حاصل شود جدایی صورت نمی‌گیرد.

این گونه از نکاح‌های فاسد بخاطر وجود امور و قرائن مرجح که جانب تصحیح را پس از دخول، راجح می‌سازند همانند نکاح صحیح در نظر گرفته می‌شوند.

^۱ - الشاطبی؛ الموافقات، ج ۴، ص ۲۰۵

^۲ - همان مرجع، ج ۴، ص ۱۹۸

گفتار دوم: حالات مراعات خلاف به اعتبار قبل یا پس از حکم حاکم

خلاف به اعتبار حکم حاکم دارای دو حالت است: ۱- قبل از حکم حاکم ۲- پس از حکم حاکم که شرح هر کدام از این دو حالت به قرار زیر است.

بند اول: مراعات قبل از حکم حاکم

خلاف قبل از حکم حاکم همچنان به قوت خود باقی و مستصحب می‌گردد و مجتهد در مسائل خلاف براساس اجتهاد خود فتوا می‌دهد و در این حالت، خلاف رفع نمی‌گردد بلکه براساس ضوابط و مقرراتی که تاکنون درباره مراعات خلاف مقرر و روشن گردید شایسته است که مجتهد تا حد امکان از خلاف دیگر فقها خارج شود یا به عبارت دیگر خلاف را مراعات کند.

بند دوم: مراعات پس از حکم حاکم

خلاف در مسائل اجتهادی پس از حکم حاکم رفع می‌شود و یک قول متعین می‌گردد. قرافی می‌گوید: «بدان که حکم در مسائل اجتهادی، رافع خلاف است و مخالف را از مذهب خویش به مذهب حاکم برمی‌گرداند و بنا به قول صحیح در نزد عالمان، فتوای مجتهد مخالف پی از حکم حاکم تغییر می‌یابد و بر همین اساس کسی که معتقد به وقف مشاع نیست اگر حاکم به صحت چنین وقفی حکم کند و سپس چنین واقعه‌ای بر آن مجتهد قایل به بطلان وقف مشاع عرضه گردد او باید وقف مذکور را تنفید و اجرا کند و جایز نیست که به بطلان آن فتوا دهد. مذهب جمهور و امام مالک همین است».^۱

مقصود از رفع خلاف بوسیله حکم حاکم این است که حکم حاکم از لحاظ قضائی رافع خلاف و نزاع است بگونه‌ای که عمل کردن براساس مقتضای قول حاکم واجب و لازم می‌گردد نه اینکه حکم حاکم در مسائل خلاف هر کدام از مخالفان را ملزم می‌سازد که به رای حاکم در آن مساله اعتقاد

^۱ - القرافی، الفروق، ج ۲، ص ۱۱۰؛ الحصری، اختلاف الفقهاء، ص ۱۱۹؛ الخرشی، شرح الخرشی علی مختصر خلیل، ج ۷، ص ۱۶۶؛

داشته باشد و به همین دلیل است که «ابن الشاط» در شرح گفتار قرافی که موهم عکس حقیقت مذکور است می‌گوید: «از سخنان قرافی چنین برمی‌آید که خلاف در مساله‌ای که حکم حاکم بدان تعلق گرفته است بطور مطلق منتفی می‌گردد حال آنکه مساله بدینگونه نیست بلکه خلاف بر همان حالت خود باقی است و تنها اگر مخالف درباره آن مساله که حاکم در مورد آن حکم کرده است مورد استفتا قرار بگیرد او حق فتوا دادن بر خلاف رای حاکم در آن مساله ندارد زیرا حکم در مورد آن مساله بر وفق قول یک مجتهد نافذ گردیده و عمل براساس آن انجام گرفته است اما قبل از حکم حاکم، مجتهد بر طبق اصل یعنی براساس مذهب خود در آن مساله فتوا می‌دهد و بنابراین چگونه می‌توان گفت که خلاف بطور کلی باطل و رفع می‌گردد حال آنکه اگر خلاف، باطل و رفع می‌گردد چنین امری جایز و روا نمی‌بود. آری، خلاف تنها راجع به آن مساله بالخصوص و مشخص، باطل و زایل می‌گردد»^۱.

مقصود «ابن الشاط» این است که خلاف در مورد آن واقعه‌ای که حاکم درباره‌اش کرده است رفع می‌گردد اما دیگر وقایع و حوادث حتی اگر جزو نظایر آن واقعه باشد خلاف در مورد آنها همچنان باقی و مستصحب است. ابن عابدین می‌گوید: «مقصود از احکام اجتهادی آن است که بر دلیل معتبر شرعی بنا شده باشد بگونه‌ای که برای مجتهد جایز است که در مورد آن با مجتهد دیگری مخالفت کند و اگر از جمله مواردی باشد که حکم حاکم بدان تعلق گرفته است حکم آن حاکم نافذ می‌گردد و اگر حکم آن حاکم به حاکم دیگری که بدان اعتقاد ندارد عرضه شود بر او واجب است که آن را تنفیذ نماید مادام که مخالف قرآن مانند حلیت قربانی که عمداً نام خداوند بر آن ذکر نشده است یا مخالف سنت مشهور مانند اکثفا به یک شاهد و سوگند و همانند آن، نباشد زیرا اینگونه

^۱ - ابن الشاط، ادرار الشروق، ج ۴، ص ۱۱۰؛ الخرشی، شرح الخرشی، ج ۴، ص ۱۶۶

موارد، احکام اجتهادی نامیده نمی‌شوند بگونه‌ای که اگر بر حاکم دیگری که بدانها معتقد نیست عرضه شوند آنها را نقض می‌سازد و اجرا نمی‌کند.^۱

دهلوی هم سخنان محمد بن حسن شیبانی در «امالی» را ذکر کرده که او گفته است: «اگر فقیه به زنش بگوید: طلاق تو قطعاً افتاده است - انت طالق البته - و اعتقاد داشته باشد که این عبارت بمنزله سه طلاق است اگر قاضی در این مساله حکم صادر کند که آن زن رجعیه است در این حالت آن فقیه می‌تواند زندگی زناشویی خود را با آن زن ادامه دهد. در تمام مسائل خلاف که پیرامون آنها از لحاظ تحریم یا حلیت یا اعتاق یا گرفتن مال و غیره، اختلاف وجود دارد بر فقیه لازم است که به حکم قاضی عمل کند و رای خود را ترک گوید و خود را به آنچه که قاضی، خویش را بدان ملزم کرده است ملزم سازد و بدان عمل کند. همچنین شخص جاهل و غیر فقیه همین حکم را دارد یعنی اگر برای او مساله‌ای اتفاق بیفتد و فقها در مورد آن اختلاف کنند و برخی قایل به حلیت و برخی دیگر قایل به حرام بودن آن باشند اما قاضی برخلاف رای و نظر آنان حکم کند در این حالت بر آن شخص لازم است که به حکم قاضی عمل کند و فتاوی فقها را به کناری نهد».^۲

شایسته یادآوری است که محل نزاع در مساله حکم حاکم موارد ظنی اجتهادی که محل مرافعه و دعوی است و سایر مسائل خلافی را شامل نمی‌شود بدلیل آنکه بر مجتهد لازم است که به نتیجه اجتهاد خاص خود راجع به حکم شرعی عمل کند. مقصود از حاکم نیز همان حاکم شرعی که از شروط ولایت از جمله عدالت و علم و اجتهاد برخوردار باشد یا قاضی که جانشین خلیفه شرعی در حکم کردن میان مسلمانان براساس قران و سنت است.

^۱ - ابن عابدین، حاشیه رد المحتار، ج ۱، ص ۵۰۸

^۲ - الدهلوی، الانصاف، ص ۱۱۱

گفتار سوّم: مراعات خلاف به اعتبار تعدّر

در مسائل احکام حالاتی وجود دارد که خروج از آن متعذر می باشد که شرح این حالات به قرار زیر است:

بند اوّل: مراعات خلاف تضاد

مقصود از خلاف تضاد این است که دو قول بر وجه تمناع و تناقض در مقابل یکدیگر قرار بگیرند و به سبب تمناع و تضاد جمع میان آن دو متعذر گردد. زرکشی از این هییره در مسائل اجماع، نقل کرده که او گفته است: «گاهی خروج از خلاف متعذر می گردد مانند «بسمله» که از نظر شافعی گفتن آن سنت است اما از نظر ابوحنیفه و امام احمد گفتن آن بطور سری سنت است و از نظر امام مالک ترک «بسمله» بطور کلی، سنت است.^۱ در این مساله گرچه خروج از خلاف متعذر است اما می توان چنین گفت که اگر اکثریت قایل به منع باشند رعایت آن در حق مقلد اولی و سزاوتر است اما مجتهد به اجتهادش عمل می کند».^۲

گفتاری که زرکشی نقل کرده در خصوص جهر امر مسلم است اما در مورد «بسمله» بطور مطلق نمی تواند صحیح باشد زیرا ترک «بسمله» در هنگام قرائت فاتحه از نظر شافعیه موجب بطلان نماز است حال آنکه گفتن «بسمله» از نظر مالکیه موجب بطلان نماز نیست و بنابراین جمع میان آن دو ممکن است بدین گونه که پیرو مذهب مالکی بمنظور خروج از خلاف مذهب شافعی، بسمله را در هنگام قرائت فاتحه بگوید مادام که گفتن آن از نظر مذهبش موجب بطلان نماز نمی گردد. اختلاف در این مساله بدلیل امکان خروج از خلاف، از تمام جهات دارای تضاد نمی باشد و مادام که امکان امتثال وجود دارد تعدّر خروج از خلاف صدق پیدا نمی کند. مثال روشن تر و بهتر از مساله پیشین، قول ابوحنیفه در مورد اول وقت نماز عصر است. او می گوید: اول وقت نماز عصر هنگامی است که

^۱ - القیروانی، النوادر والزیادات، ج ۱، ص ۱۷۲؛ سنن، المدونه الکبری، ج ۱، ص ۱۶۲

^۲ - الزرکشی، المنثور فی القواعد، ج ۲، ص ۱۴۱

سایه هر چیز دو برابر شود اما اصطخری شافعی گفته است: دو برابر شدن سایه هر چیز آخر وقت عصر است و پس از آن، نماز قضا می‌گردد.^۱ همانگونه که از این مثال برمی‌آید خروج از خلاف این دو قول ممکن نیست زیرا تمناع و تناقض میان آن دو صریح و آشکار و از تمام جهات است.

بند دوم: مراعات خلاف متعلق به حقوق

ابن عبدالسلام می‌گوید: «گاهی رعایت ورع توسط حاکم در مسائل خلاف متعذر می‌گردد. مانند اینکه اگر یک یتیم در ذمه یتیمی دیگر حقی داشته باشد که درباره وجوبش اختلاف باشد در این مساله امکان صلح میان آن دو وجود ندارد زیرا مسامحه کردن در حق اموال و دارایی هیچ کدام از آن دو یتیم جایز نیست و در این حالت بر حاکم لازم است که خلاف را حل و فصل نماید. پدر و وصی همین حکم را دارند».^۲

مبحث هفتم: حکم مراعات خلاف

والاثرین غایت و مقصود در تکالیف شرعی عبودیت و پرستش کامل پروردگار متعال است زیرا خداوند جهانیان را فقط برای پرستش و توحید او آفریده است و انجام تکالیف شرعی به همان شکل و شیوه‌ای که خداوند بدان دستور داده عین عبودیت و پرستش است و به همین دلیل، مقتضای تمام تشریع و قانونگذاری اسلامی، طلب امتثال و فرمانبرداری از بندگان است. اما از آنجائی که اطاعت و بندگی بر نزول خطاب از سوی شارع متوقف است و خطاب شارع به فهم و ادراک نیاز دارد زیرا امتثال و انجام امری که غیر قابل فهم است ممکن نیست، مسئولیت و وظیفه فهم و ادراک خطاب در ذمه مکلفین مستقر گردید و این همان چیزی است که در عرف شرع به اجتهاد، معروف است. و ثمره اجتهاد با اینکه موجب عمل است اما در اغلب احوال بدلیل تنوع مدارک و دلایل استنباط و

۱- همان مرجع، ج ۲، ص ۱۳۲

۲- ابن عبدالسلام، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۳۱

گوناگونی وجوه آن، یک ثمره ظنی است. البته ناگفته نماند که ظنی بودن اجتهاد و احتمال خطا در آن، امری نیست که بتوان آن را دفع یا رفع کرد و به همین دلیل، عمل به موجب اجتهاد علیرغم وجود احتمال خطا در آن بر مجتهد و مقلدین متعین می‌باشد.

از پیامد و نتایج احتمال خطا در اجتهاد این است که مجتهدان به تمام جنبه‌های خطاب اهتمام ورزیدند و در جهت پی بردن به کنه مقصود شارع شوق و حرص بیشتری از خود نشان دادند تا بدین ترتیب از عهده تقصیر و کوتاهی که موجب مواخذه و عقاب است مبرا گردیده و در برابر گناه و عذاب، عذر را سپر بلای خویش قرار داده باشند و از آنجائی که رسیدن به مقام امثال تکلیف، غایت و هدف اجتهاد است و اجتهاد محتمل خطا و گاهی محتمل عجز و ناتوانی در شناخت است و گاهی بدلیل وجود اختلاف در آن یا دشوار بودن جزم به صحت مقتضای آن، اطمینان به پیامد آن ضعیف و سست می‌گردد و به همین دلایل، اصل احتیاط با انجام فعل اولی در حالت مردّد بودن حکم میان اولی و خلاف اولی یا خروج از خلاف هنگامی که شک و شبهه، موجب قوت خلاف در مقتضای حکم گردد، تشریع گردید. بنابراین روشن است که مراعات خلاف با این معنا و مفهوم بعنوان طریق و راهکاری در جهت شناخت و کشف حکم به شمار نمی‌آید بلکه آن راهکاری در جهت علم و آگاهی یافتن از حصول امثال و خروج از عهده تکلیف قلمداد می‌گردد و بدین ترتیب آن یک تصرف و عملکرد محض است و شناخت حکم هر تصرف و عملی لازم و ضروری است.

قائلان به مراعات خلاف قریب به اتفاق معتقدند که مراعات خلاف مستحب است.^۱ زیرا آن بدون دلیل نمی‌تواند واجب باشد و دیگر آنکه حکم آن نمی‌تواند مباح باشد بگونه‌ای که خروج از خلاف و دخول در آن حکم یکسان داشته باشد و چون دخول در خلاف، مرجوح است ناگزیر باید گفت که خروج از آن راجح است و قدر متیقن این رجحان، ندب و استحباب است جز اینکه شایسته است

^۱ - السیوطی، الاشباه و النظائر، ج ۱، ص ۲۹۶، الزرکشی، المنثور، ج ۲، ص ۱۲۷؛ الحطاب، مواهب الجلیل، ج ۱، ص ۲۹۶

که به این نکته با اهمیت اشاره شود که مراتب ندب برحسب قوت و ضعف دلیل مخالف، متفاوت است همانگونه که ابن عابدین گفته است.^۱ غزالی هم به همین دلیل، خروج از خلاف را به سه مرتبه تقسیم کرده است. او می گوید: «خروج از خلاف سه مرتبه دارد: مرتبه اول: رعایت ورع در این مرتبه، مستحب موکد است و این هنگامی است که دلیل مخالف، قوی باشد و ترجیح مذهب بر مذهب مخالف، دشوار و مشکل باشد مانند پرهیز از خوردن شکاری که توسط سگ آموزش دیده شکار شده است مادام که سگ از آن شکار خورده باشد حتی اگر مفتی به حلال بودن شکار مذکور فتوا دهد زیرا ترجیح رای مذهب در این مساله بسیار مشکل است و رای برگزیده از نظر ما این است که شکار حرام است که این رای با دو قول منقول از امام شافعی بیشتر مطابقت دارد. پرهیز از قربانی که نام خداوند بر آن ذکر نشده به همین گونه است با اینکه امام شافعی درباره آن یک رای ابراز داشته است زیرا ظاهر آیه قرانی بر وجوب تسمیه دلالت دارد و احادیث پیرامون آن در حد تواتر است. مرتبه دوم: این مرتبه در حد درجه وسواس است مانند رعایت ورع و پرهیز از خوردن جنین موجود در شکم حیوان قربانی شده و پرهیز از خوردن سوسمار. مرتبه سوم: در مساله اصلا هیچ اختلاف نباشد اما حلیّت یک شی بوسیله خبر واحد ثابت شده باشد که در این حالت ممکن است کسی بگوید: علما درباره قبول خبر واحد اختلاف کرده اند و برخی از آنان خبر واحد را نپذیرفته اند و بر همین اساس از چیزی که بوسیله خبر واحد ثابت شده است پرهیز کند. این ورع از سوی صحابه نقل شده است»^۲.

بنابراین ماخذ و دلیل مخالف به هر مقدار که قوی و روشن باشد استحباب مراعات آن موکدتر می گردد و خروج از خلاف استحباب بیشتری به خود می گیرد بگونه ای که وقوع در خلاف به درجه

^۱ - ابن عابدین، حاشیه رد المحتار، ج ۱، ص ۱۵۹

^۲ - الغزالی، احیاء علوم الدین، ج ۲، ص ۱۱۵ - ۱۱۶

کراهت منجر می‌گردد. سبکی می‌گوید: «خروج از خلاف چه بسا از درجه استحباب فراتر رود و دخول در خلاف به درجه کراهت برسد»^۱ مانند بیع عینه که از نظر شافعی حلال است اما از نظر مالکیه حرام است و چونکه دلیل حرمت، قوی است اما نه بدان گونه که از نظر شافعیه راجح باشد شافعیه بیع «عینه» را مکروه دانسته اند و بر پرهیز از آن بخاطر خروج از خلاف تاکید کردند.^۲ علاوه بر استحباب و کراهت، ممکن است مراعات خلاف در برخی حالات حکم وجوب یا حرام بگیرد. به عبارتی دیگر، مراعات خلاف گاهی واجب و گاهی عدم مراعات خلاف، حرام است. این حکم در حقیقت ناظر به بعد مقاصدی و سیره عملی فقها است بدین معنا که فقها در مورد مراعات خلاف دیگر مجتهدان در مقام قضاوت اتفاق نظر دارند و براین اساس است که آنان حکم قاضی مخالف در مسائل اجتهادی را نقض نمی‌کنند که این خود بیانگر وجوب و لزوم مراعات خلاف در این زمینه از مسائل خلاف است. دیگر آنکه اگر ترک مراعات خلاف به بروز آشوب و فتنه میان مسلمانان و تضعیف وحدت آنان منجر گردد در این حالت مراعات خلاف، واجب و لازم است و ترک مراعات خلاف، حرام است زیرا ترک واجب، حرام است.

گفتار اول: استحباب مراعات خلاف و وجه فقهی آن

وجه استحباب خروج از خلاف، ورع است و استحباب ورع در شریعت امری معلوم و روشن و مطلوب است. قرافی می‌گوید: «فایده ورع و سبب مشروعیت آن، جمع میان ادله آرای مخالف یکدیگر و عمل کردن به مقتضای هر دو دلیل است تا بدین ترتیب هیچ توهمی باقی نماند که مبادا

^۱ - السبکی، الاشباه و النظائر، ج ۱، ص ۱۱۶

^۲ - الرافعی، فتح العزیز، ج ۸، ص ۲۳۱؛ السبکی، الاشباه و النظائر، ج ۱، ص ۱۱۶

دلیلی مورد اهمال و بی توجهی قرار گرفته باشد. دلیلی که ممکن است مقتضایش صحیح باشد که با جمع میان ادله این توهّم منتفی می‌گردد.^۱

افزون بر آن، وجه دیگری نیز وجود دارد که ابن عبدالسلام آن را بیان کرده است. او می‌گوید: «اگر در مسائل خلاف ادله نزدیک بهم باشد بگونه‌ای که قول مخالف بسیار بدور نباشد خروج از خلاف آن، مستحب است بخاطر اینکه مبدا را صواب از نظر شارع همان رای مخالف باشد.»^۲ و به همین علت است که مجتهد اگر خلاف اجتهاد خود را جایز بداند و پس از نظر و تأمل در مآخذ و دلیل مخالف، آن را موّجه و مقبول بیاید بر او لازم است که آن را بگونه‌ای مراعات کند^۳ که این مراعات در حق مقلد با ارشاد مستفتی به استحباب خروج از خلاف توسط مفتی انجام می‌گیرد و اگر مجتهد امکان اعتبار مذهب مخالف توسط شارع را جایز نداند در این حالت، خروج از خلاف برای هیچکس مستحب نخواهد بود.

گفتار دوم: نوع استحباب مراعات خلاف

همانگونه که روشن است حکم شرعی به تکلیفی و وضعی تقسیم می‌گردد. حکم تکلیفی آن است که برسیل اقتضا یا تخییر باشد اما وضعی آن است که شارع آن را بعنوان اماره‌ای برای شناخت حکم قرار داده است خواه آن سبب باشد یا شرط یا مانع.

امثال و انجام حکم تکلیفی گاهی ذاتی است یعنی بر امر دیگری متوقف نیست و گاهی متوقف بر امر دیگری است بگونه‌ای که امثال فقط بوسیله آن امر دیگر، محقق می‌گردد مانند توقف واجب یا مندوب بر امر دیگری که شارع درباره آن هیچ تصریحی نکرده است. در این حالت آن امر، حکم

^۱ - القرافي، الفروق، ج ۲، ص ۱۶۷؛ الفوائد الجنية، ج ۲، ص ۱۷۲

^۲ - ابن عبدالسلام، قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۳۷۰

^۳ - الزركشي، البحر المحيط، ج ۶، ص ۲۵۶؛ الزركشي، المنثور فی القواعد، ج ۲، ص ۱۲۸

واجب یا مندوب می‌گیرد بدلیل آنکه تحقق واجب یا مندوب بر تحقق آن امر متوقف است. این نوع در علم اصول به «مقدمه مأمور به» مشهور است بدین معنا که اگر امر واجب باشد مقدمه‌اش واجب و اگر مستحب است مقدمه‌اش مستحب است و تمام امور و عوارض مانند اطلاق و تقيید و غیره که شامل مأموریه می‌شود مقدمه را نیز در بر می‌گیرد. و همان گونه که روشن گردید خاستگاه و مرجع مراعات خلاف، ورع و احتیاط و میرا ساختن ذمه از عهده تکلیف است و حکمش طبق آرای عالمان دین، مستحب است و ورع ذاتاً عملی است که بعنوان وسیله برای رسیدن به امر دیگر بشمار می‌آید نه اینکه آن ذاتاً امری مطلوب است. به عبارتی دیگر، ورع وسیله‌ای برای یقین پیدا کردن از سقوط طلب است و یقین هم قدری زاید بر مطلوب که همان غلبه ظن است می‌باشد.

از جهتی دیگر، مراعات خلاف در مسائل خلاف بخاطر افزایش تقریب میان مذاهب اسلامی و استحکام بخشیدن به مظاهر وحدت میان مسلمانان و فراهم ساختن وفاق و همدلی میان آنان، امری مستحب است و تمام این امور و حقایق در نفس امر قدر زایدی بر واجب شرعی است.

استحباب در تمام این حالات و موارد شبیه آن، یک استحباب مقدمه‌ای است بدلیل تعلق آن به مراعات خلاف از این حیث که مراعات خلاف، مقدمه‌ای برای یک مستحب شرعی و وسیله‌ای برای رسیدن بدان نه اینکه مراعات اصالتاً عین حکم مطلوب است و بر خلاف آنچه که از اطلاق فقها در مورد استحباب خروج از خلاف به ذهن مبتادر می‌گردد خروج از خلاف ذاتاً مستحب نمی‌باشد زیرا همانگونه که ثابت و مقرر است مجازات در حالت عدم امتثال امر، به «مأموریه» و نه مقدمه آن تعلق می‌گیرد مانند تارک حج بطور عمدی که بخاطر ترک حج و نه مقدمات آن از جمله توشه و مرکب و غیره، مورد مجازات قرار می‌گیرد. خروج از خلاف هم به همین گونه است و ثوابی که بدان تعلق می‌گیرد بخاطر این است که آن وسیله و راهکاری در جهت تحقق بخشیدن به اموری مطلوب و مشروع است و شیوه‌ای است در جهت محقق ساختن برخی از مقاصد احکام در ابتدا یا انتها است بگونه‌ای که هرگاه این مقاصد و امور مشروع و مطلوب منتفی گردد مواخذه به آن انتفا نه

ترک مقدمات، تعلق می‌گیرد مگر آنکه مقدمه برای انجام فعل، متعین گردد که در این حالت مواخذه هم شامل عدم امتثال و هم اهمال و نادیده گرفتن وسیله آن، می‌شود.

مبحث هشتم: اعتبار خلاف و تعلیل احکام بوسیله آن

در شروع این مبحث حجّیت حکم اجتهادی مطرح می‌شود و مقدار لزوم عمل به ثمره اجتهاد که یک ثمره ظنی است بررسی خواهد شد و نسبت این لزوم با مجتهد و مقلدین یک مجتهد، مشخص می‌گردد. همچنین حجّیت خلاف و معتبر دانستن آن بعنوان دلیل هسان با ادله شرعی و تخریج و استنباط حکم براساس آن، نقد و بررسی و این حقیقت روشن خواهد شد که در نظر گرفتن خلاف بعنوان حجت و دلیل شرعی هسان با دلایل شرعی هرگز نمی‌تواند صحیح باشد.

همچنین این مساله مطرح خواهد شد که آیا عدول مجتهد از حکم یک مساله بخاطر وجود اختلاف و بدلیل قوی بودن دلیل مخالف را می‌توان تعلیل حکم بوسیله خلاف نامید؟ و اگر کسی از یک مجتهد معین تقلید کند و به مذهب او ملتزم باشد آیا تمسک و استناد او به نص آن مجتهد در مساله‌ای که ماخذ و دلیلش نسبت به ماخذ و دلیل مجتهد مخالف، ضعیف‌تر است مقلد را کفایت می‌کند و او را از طلب دلیل راجح یا مراعات خلاف بی‌نیاز می‌سازد یا اینکه در این حالت، تقلید کردن از آن مجتهد، کفایت نمی‌کند زیرا عمل به راجح هم در حق مجتهد و هم مقلد لازم است؟ مباحث مطروحه در این مبحث در حقیقت شرح و جواب به اشکالات و سؤالات پیشگفته است و نظر به اهمیت این مباحث نگارنده بر آن شده است این مبحث از تحقیق را به گردآوری تحقیقات پراکنده در این زمینه اختصاص دهد.

گفتار اول: اعتبار حکم اجتهادی

هرگاه مساله‌ای برای مجتهد واقع شود که مناط آن محل اختلاف و تفاوت ظنون باشد و انتظار در تحقیق مناط حکم آن مساله متفاوت باشد در این حالت بر مجتهد لازم است که تمام توان و تلاش

خود را در جهت شناخت حکم خداوند نسبت به آن مساله بکارگیرد تا بدین ترتیب امتثال و فرمانبرداری او و کسانی که از وی تقلید می‌کنند صحیح و بر وفق مراد شارع انجام گرفته باشد. اما با این حال، نتیجه‌ای که مجتهد پس از اجتهاد بدان می‌رسد چیزی بیش از ثمره ظنی نیست و گرچه عمل کردن به این ثمره ظنی توسط مجتهد که بدان رسیده واجب و لازم است اما آن نسبت به سایر افراد لازم و واجب نیست زیرا مجتهدانی که در آن مساله اجتهاد کرده‌اند بیش از یک نفر می‌باشند و چه بسا رای آنان مخالف یکدیگر باشد و رای هیچ مجتهدی نسبت به مجتهد دیگری حجت نمی‌باشد تا از آن پیروی کند و بر او لازم و واجب گردد زیرا انتظار در موارد ظنون و اعیان مسائل، متفاوت است و حادثه‌ی محل اختلاف به دلیل قطعی که خلاف در آن مساله را رفع می‌سازد بر نمی‌گردد بلکه آن به امارات و اوضاع و شرایطی برمی‌گردد که از عهده ایجاد یقین و قطع در مسائل احکام متجذد بر نمی‌آید.

بنابراین، فقها و اصولیین اتفاق نظر دارند که در حق مجتهد عمل کردن به نتیجه اجتهاد خود و ترک نکردن آن بخاطر تقلید از مجتهدی دیگر، واجب است مگر آنکه مجتهد از شناخت حکم مساله محل اجتهاد عاجز و ناتوان باشد. آمدی می‌گوید: «هرکس که اهلیت اجتهاد در مساله‌ای داشته باشد اگر در آن مساله اجتهاد کرده و اجتهادش به یافتن حکمی درباره آن، انجامیده باشد در این حالت، به اتفاق همگان جایز نیست که او از مجتهد دیگری که اجتهادش بر خلاف موجب ظن اوست تقلید کند و ظن خود را ترک گوید»^۱ زیرا تقلید تنها در حق عوام جایز است اما در حق کسی که ابزار و وسیله تحصیل حق را دارد جایز نیست. بنابراین هرکسی که از حجتی که بر او لازم گردیده آگاهی یابد بر او لازم است که بدان عمل کند و برای او جایز نیست که از آن رای به رای دیگری عدول کند حتی اگر آن مجتهد دیگر نسبت به او داناتر و از لحاظ علمی آگاهتر باشد مادام که او تمام توان و تلاش خویش را در جهت دستیابی به حکم مساله بکار گرفته است.

^۱ - الامدی، الاحکام، ج ۲، ص ۴۳۰؛ الحصری، اختلاف الفقهاء، ص ۱۱۵

البته این لزوم هنگامی است که حکم مساله برای مجتهد روشن و نمایان گردیده و قوت ظن او نسبت به آن مساله آشکار و واضح باشد اما هنگامی که از شناخت و دستیابی به حکم عاجز یا اینکه نسبت به حکم ظنی که بدان دست یافته نوعی شک و تردید داشته بشد یا مساله جزو موارد شبهه دار و دارای ابهام و پیچیدگی باشد در این حالت با توجه به نظر برخی از فقها و اصولیین از جمله برخی از احناف و امام احمد^۱ در این حالت، اقتدا کردن مجتهد از مجتهد دیگری بخاطر وجود نیاز به امثال و فرمانبرداری و بیم از فوت وقت در صورت اشتغال به اجتهاد و دستیابی به ثمره آن، جایز است. پس شخص عامی و کسی که فاقد اهلیت اجتهاد است حتی اگر برخی از علوم و دانش‌ها را تحصیل کرده باشد موظف است که به فتوای مجتهد عمل کند زیرا فتاوی مجتهدان نسبت به عوام همچون نسبت دلایل شرعی به عالمان است همانگونه که شاطبی این موضوع را محققانه بیان کرده است.^۲ اما در مورد شخص متبع- تبعیت کننده- که توان و امکان شناخت مآخذ دلیل و فهم چگونگی استنباط از آن را دارد باید گفت که مجتهد نسبت به چنین شخصی نقش معرف و کاشف حکم را دارد و قول مجتهد در حق او به درجه دلیل نمی‌رسد بر عکس شخص عامی که قول مجتهد در حق او حکم دلیل دارد.

گفتار دوم: اعتبار خلاف

از مهمترین اشکالاتی که درباره مراعات خلاف توسط برخی از اهل علم مطرح شده این پندار است که در مراعات خلاف اعتبار خلاف وجود دارد. بدین معنا که هر مساله اختلافی مستلزم رجوع مجتهد یا غیره مجتهد به قول مخالف و جواز عدول به اجتهاد دیگران است که این شیوه در حقیقت به اعتبار خلاف بعنوان حجت شرعی همسان با دیگر حجج و دلایل شرعی می‌انجامد و همین

^۱ - الباجی، احکام الفصول، ص ۷۲۱؛ الاسنوی، التمهید، ص ۶۴۷

^۲ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۳۰- ۱۳۱

محدوریت است که ابن عبدالبر و دیگران را و داشته است که بگویند: «خلاف، حجت شرعی نیست».^۱

چنانکه پیشتر گفته شد خلاف در مراعات خلاف در جهتی که در آن راجح است مورد اعتبار و ملاحظه قرار می گیرد و بنا به موجبی - احتیاط یا تیسیر - که مقضی این اعتبار است انجام می گیرد و البته که در این مراعات، اجتهاد خاص مجتهد بطور کلی باطل نمی گردد. بنابراین مراعات خلاف در حقیقت عمل کردن به هر دو دلیل با کیفیتی ویژه است و آن، احتجاج بوسیله خلاف نیست زیرا خلاف، حجت شرعی نیست. این رای جمهور فقها است. اما باجی در مورد اعتبار و حجیت خلاف سخن از وجود اختلاف در این باره کرده و یادآوری ساخته که ابواسحاق شیرازی خلاف را حجت معتبر دانسته است و خود نیز بدین رای گرویده است. باجی در تایید نظر خود بدین استدلال کرده که هر آنچه جایز است که بوسیله منطوق، علت قرار بگیرد جایز است که بوسیله استنباط هم علت واقع شود زیرا اگر شارع بعنوان مثال بگوید: هر چیزی که مسلمانان درباره حرام بودنش اتفاق نظر نکرده اند و در جواز خوردنش اختلاف کرده اند پوستش بوسیله دباغی طاهر و پاک می گردد این سخن، صحیح و معتبر می باشد حال اگر این حکم مبتنی بر استنباط باشد همین گونه خواهد بود».^۲

شاطبی در نقد این گفتار باجی می گوید: «گفتار باجی از دو جهت، آشکار و روشن نیست: ۱- دلیل مذکور دارای الزام مشترک است و به خود استدلال کننده برمی گردد زیرا هرکسی می تواند این را بپذیرد که هر چیزی که جایز است بوسیله منطوق، علت قرار بگیرد جایز است که بوسیله استنباط، علت واقع شود اما سپس بگوید: اگر شارع بگوید: هر چیزی که مسلمانان درباره حلال بودنش اتفاق نظر نکرده اند و درباره جواز خوردنش اختلاف کرده باشند پوستش بوسیله دباغی طاهر و پاک نمی گردد که در این صورت، این استدلال او صحیح می باشد و اگر حکم معلق به استنباط باشد نه تنها

^۱ - الشاطبی، الموافقات، ج ۲، ص ۱۵۱؛ ابن تیمیه، مجموع الفتاوی، ج ۲۳، ص ۲۸۱

^۲ - الباجی، احکام الفصول، ص ۶۴۵

همین گونه است بلکه آن نسبت به استدلال باجی ارجح می باشد زیرا آن ناظر به جانب احتیاط است. و هر مساله ای که به همین شکل فرض شود همین گونه خواهد بود.^۲ هر امر جایز، واقع نمی گردد بلکه وقوع نیاز به دلیل دارد. آیا مگر این نیست که می گویم: جایز است که شارع تصریح کند که دیوار ناقص وضو است و نوشیدن آب گرم موجب افساد حج است و راه رفتن بدون دمپایی موجب جدایی میان زن و شوهر می گردد و مواردی از این قبیل، اما این تجویز نمی تواند بعنوان سبب به منظور در نظر گرفتن موارد مذکور بعنوان علت شرعی از طریق استنباط بشمار آید و چونکه این تجویز نمی تواند سببی برای قراردادن اشیای مذکور بعنوان علت شرعی از طریق استنباط در نظر گرفته شود و اصلاً فاقد صحت است، آن بر این حقیقت دلالت دارد که صرف تجویز نمی تواند بعنوان مجوز و مسوغ برای ادعای مطرح شده توسط باجی قلمداد گردد.^۱

حاصل سخن این است که در نظر گرفتن خلاف بعنوان حجت و دلیل همسان با دلایل شرعی از شان و جایگاه علمی شخصیتی همچون باجی بدور است زیرا او به مقتضای سخن خود تصریح نکرده و در معرض ترجیح بدان احتجاج نکرده است. دیگر آنکه حمل کردن سخنان مبهم و متشابه علما بر سخنان محکم و استوار آنان تا جایی که ممکن است واجب لازم است و شاطبی هم جزم و قطع نداشته که ظاهر عبارت باجی مقتضی چنین نتیجه ای است بلکه او به عذر خواهی از باجی گفته است «ممکن است باجی در مساله جواز به معنا و تاویل پیشگفته اشاره داشته باشد که در این حالت دو قول از لحاظ معنا و مفهوم یکسان خواهند بود».^۲

احتجاج به خلاف در تقریر و تبیین احکام و اثبات مشروعیت آنها، مساله بسیار خطرناکی است زیرا آن دارای آثار منفی و نتایج جبران ناپذیری است از جمله آنکه مردم با استناد کردن به خلاف بعنوان حجت شرعی به قول ضعیف یا خلاف شاذ یا بدعت اعتماد و تکیه خواهند کرد و برای صحت

^۱ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۵۲ - ۱۵۳

^۲ - همان مرجع، ج ۴، ص ۱۵۳

ادعای خود بدین استدلال خواهند کرد که آن مسأله جزو مسائل خلاف است و هر چیزی که درباره اش اختلاف وجود دارد نه تنها مستحق نکوهش و سرزنش نیست بلکه آن یک امر شرعی است زیرا آن خلاف به رای فلان فقیه استناد دارد.

حقیقت این است که صورت خلاف دارای اعتبار مطلق نیست چه رسد به اینکه در مقام استدلال بدان احتجاج و استناد شود زیرا پیشوایان فقه تنها خلافتی را مراعات کرده‌اند که از ملاک و دلیل قوی و آشکار برخوردار باشد. زرکشی می‌گوید: «بدان که صرف خلاف، شبهه بشمار نمی‌آید و مراعات نمی‌گردد بلکه محل نظر و ملاحظه، قوت مآخذ و دلیل است. رویانی در باب شهادت در کتاب «البحر» گفته است: اگر نفس خلاف، شبهه باشد در این صورت دو مسأله‌ی - وجوب حد بر شخص حنفی بخاطر نوشیدن نیذ و شهادت وی - همسان می‌بودند. شبهه تنها در ادله وجود دارد»^۱.

بنابراین اگر خلاف نمی‌تواند بعنوان شبهه در نظر گرفته شود چگونه می‌تواند در شریعت بعنوان حجت و دلیل برای اثبات یا نفی فعل، مورد اعتبار و ملاحظه قرار گیرد؟ افزون بر آن، اگر این باب به همین سان گشوده گردد بدون شک سایر اصول و مبانی اسلام و احکام و قواعد دین نیست و نابود خواهند شد و هواپرستان در جهت تایید انحرافات و کجرویهای خود بدان استدلال کرده و آن را مستمسک خود قرار خواهند داد و تو گوئی که شاطبی با چنین انحرافی در میان برخی از معاصران خود روبرو بوده که در تالیفات خود بدان پرداخته و از آن گله و شکایت کرده است. او می‌گوید: «مسأله خلاف از مقدار لازم فراتر رفته است بگونه‌ای که برخی، خلاف در مسائل را بعنوان حجت و دلیل اباحه بشمار آورده و برخی دیگر مبنای جواز فعل را اختلاف فقها درباره آن، قرار داده‌اند و چه بسا در مورد مسأله‌ای فتوا به منع آن داده شود اما برخی اعتراض کرده و بگویند چرا آن را منع کرده‌ای حال آنکه آن مسأله اختلافی است. این گروه به صرف اینکه مسأله‌ای، اختلافی است

^۱ - زرکشی، البحر المحيط، ج ۶، ص ۲۶۶

خلاف را حجت و دلیل جواز بشمار آورده‌اند بدون آنکه به دلیل رای قایل به جواز یا به تقلید از کسی که تقلید کردن از او اولی و بهتر از قایل شدن به منع است اعتماد و استناد کرده باشند.^۱

شاطبی در ادامه سخنان خود به صراحت بیان کرده که چنین اعتقادی عین خطا در فهم شریعت است زیرا چنین شخصی آنچه معتبر نیست معتبر دانسته و آنچه حجت نیست حجت دانسته است. او سپس سخنان خطابی در مورد مساله «تیغ» ذکر کرده و گفته است که «برخی از مردم در مورد مباح بودن سایر نوشیدنی‌ها بجز خمر انگور به خلاف استناد و احتجاج کرده‌اند که در جواب این استدلال باید گفت که اختلاف حجت نیست و تنها بیان سنت است که بر تمام اختلاف کنندگان حجت است زیرا خداوند اختلاف کنندگان را دستور داده تا اختلاف خود را به قرآن و سنت پیامبر (ﷺ) برگردانند. و اگر سخن این مدعی لازم و صحیح باشد در این حالت آن درباره «ربا» و «صرف» و «نکاح متعه» لازم و صحیح خواهد بود زیرا تمام این مسائل جزو مسائل اختلافی هستند».^۲

گفتار سوّم: تعلیل احکام بوسیله خلاف

مساله‌ای دیگری که از قضیه احتجاج به خلاف نشأت گرفته تعلیل برخی از احکام بوسیله خلاف است. قبل از تبیین این مساله شایسته است که به این نکته مهم توجه شود که مقصود قائلان به تعلیل مسائل بوسیله خلاف معنا و مفهوم موجود در مراعات خلاف است. بدین معنا که مجتهد در ابتدا حکم مساله‌ای را مقرر می‌سازد و هنگامی که از وجود اختلاف در آن مساله آگاه می‌گردد و از قوت دلیل مخالف اطلاع می‌یابد با خروج از خلاف، خلاف مذکور را مراعت می‌کند که این شبهه از دو وجه قابل دفع است:

^۱ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۱۴۱

^۲ - همان مرجع

وجه اول: تعلیل مذکور تعلیل بمنظور حکم نیست بلکه آن تعلیل به جهت احتیاط است که آن امری جایز است.

وجه دوم: مراد از تعلیل، معنای اصطلاحی آن نیست بلکه مقصود از آن، معنای مترادف با سبب است. یعنی مجتهد هنگامی که دلیل مخالف را مورد ملاحظه و بررسی قرار می‌دهد و متوجه قوت مأخذش می‌گردد آن بعنوان سبب برای مراعات خلاف قرار می‌گیرد و مجتهد را وای می‌دارد تا در مأخذ مخالف تأمل کند و اگر آن را قوی و معتبر و روشن بیابد به مراعات آن مبادرت ورزد اما اگر ضعیف باشد آن را نادیده گرفته و به اصل اجتهاد خود عمل می‌کند.

بنابراین می‌توان چنین گفت که بازگشت مراعات خلاف به قوت دلیل است و از شبهه تعلیل بدور است و اگر این حقیقت فهمیده شود که سبب در اینجا هیچ تاثیری در حکم ندارد و تنها تاثیری که دارد ایجاد انگیزه در نفس مجتهد است حال آنکه فرق میان سبب و علت، تاثیر است ماهیت مراعات خلاف به نیکی روشن می‌شود. بر این اساس در نظر گرفتن خلاف بعنوان علت احکام شرعی و معلق ساختن استنباط احکام بدان بدون هیچ شک و تردیدی باطل است و تنها اختلافی که باقی می‌ماند تعلیل احتیاط بوسیله خلاف پس از وقوع فعل است که در این مساله آنچه به نظر می‌آید این است که خلاف هرگاه پس از وقوع مراعات شود علت اعتبار مراعات آن، صرف خلاف نیست بلکه علت همان دلیل یا مصلحت است که قبلاً در برخی از شواهد فقهی از جمله تصحیح نکاح مورد اختلاف توضیح داده شد و روشن گردید که سبب تصحیح ازدواج مورد اختلاف - بعنوان مثال - پس از وقوع، تعلق حق زوجین و فرزندان به آن ازدواج است.

جمهور فقها در مورد منع تعلیل احکام بوسیله خلاف گفته‌اند که خلاف متاخر از تقریر حکم است و جایز نیست که حکم بر علتش مقدم گردد. باجی هم در صدد نقض استدلال جمهور برآمده و اجماع را ذکر کرده است. او می‌گوید: «متأخر بودن اختلاف از زمان پیامبر (ﷺ) و ثبوت احکام

بوسیله آن، ممتنع نمی‌باشد. مگر این نیست که اجماع پس از عصر پیامبر حادث گردید و حدوث آن در عصر ما و ثبوت احکام بوسیله آن، صحیح می‌باشد؟^۱

شاطبی در رد استدلال باجی گفته است که اجماع اصل حکم نه علت آن است^۲ و البته که این سخن شاطبی محکم و موجه و متین است زیرا اجماع جزو ادله شرعی است و اصل و دلیل یک حکم بشمار می‌آید.

خلاصه سخن این است که تعلیل احکام شرعی بوسیله خلاف هیچ پایه و اساسی ندارد و فقط هنگامی که رای صحیح و حق، مشخص و روشن نباشد آن بعنوان سبب در جهت عمل کردن به احتیاط در نظر گرفته می‌شود. ابن تیمیه می‌گوید: «تعلیل احکام بوسیله خلاف در نفس امر، مسأله‌ای باطل است زیرا خلاف جزو صفاتی نیست که شارع، احکام را در نفس امر بدانها معلق کرده باشد. خلاف وصف حادثی است که پس از پیامبر (ﷺ) پدیدار گشته است و تنها ناآگاهان به دلایل شرعی در نفس امر بمنظور طلب احتیاط بدان استناد می‌کنند»^۳.

گفتار چهارم: رفع خلاف بوسیله تقلید

تقلید در لغت بمعنای قراردادن قلابه در گردن است و در معنای تفویض امری به شخص معین نیز استعمال شده است و گوئی که آن امر همچون قلابه در گردن وی نهاده شده است. اما در اصطلاح،

^۱ - الباجی، احکام الفصول، ص ۶۴۵

^۲ - الشاطبی، الموافقات، ج ۴، ص ۲۸۱

^۳ - ابن تیمیه، مجموع الفتاوی، ج ۲۳، ص ۲۸۱

تقلید بمعنای پذیرفتن قول کسی که قولش بدون دلیل، دلیل نیست^۱ یا التزام به مذهب غیر بدون شناخت دلیل آن است.^۲

بند اول: حکم تقلید

تقلید به اتفاق همه فقها، علم نامیده نمی‌شود زیرا علم شناخت معلوم بر همان حالتی است که در آن قرار دارد و تقلید بدینگونه نیست زیرا علم بر شناخت دلیل و وجه استدلال به آن در مورد حکم شرعی، متوقف است و به همین علت است که بسیاری از فقها و عالمان دین تقلید در حق کسی که توان شناخت حق بوسیله دلیل را دارد حرام دانسته‌اند. جمهور فقها اتفاق نظر دارند که تقلید برای عامی جایز است زیرا او توان تحصیل دلیل و فهم آن را ندارد. زرکشی می‌گوید: «تقلید بر عامی واجب است و بر مجتهد حرام است و رای ائمه چهار گانه همین است».^۳ اصل و دلیل شرعی در مورد جواز تقلید این آیه شریفه است که می‌فرماید (...وَلْيُنْذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ) {توبه/۱۲۲} و {فَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ} {نحل/۴۳۶} و همچنین اجماع صحابه است.

شایسته یادآوری است که هرگاه درباره وجوب تقلید سخنی بطور مطلق گفته شود مقصود از آن جمود و تعصب خشک نسبت به مذهب معین و مخالفت نکردن با آن در تمام مسائل نیست زیرا اینگونه تقلید در دایره تعصب مذموم که از تقلید محض بدتر و پلیدتر است بشمار می‌آید. افزون بر آن، چنین تقلید کورکورانه و خشک یک امر نوپایی است که در دوران صحابه و تابعین وجود

^۱ - العبد و دیگران، شرح مختصر المنتهی، ج ۳، ص ۶۲۹؛ الفزالی، المستصفی، ج ۲، ص ۲۰۱؛ الشوکانی، ارشاد الفحول، ص ۶۸۳

^۲ - الشنقیتی، نشر البنود، ج ۲، ص ۲۲۰

^۳ - زرکشی، البحر المحیط، ج ۶، ص ۲۸۰

نداشته است. در دوران صحابه و تابعین هرگاه برای کسی مسأله یا حادثه‌ای واقع می‌شد و به شناخت حکم شرع درباره آن، نیاز پیدا می‌کرد به کسی که از نظر او اهل فتوا است مراجعه می‌کرد و درباره آن از وی سؤال می‌کرد و هیچ کس از بزرگان و عالمان قرون برتر تقلید کردن از یک عالم معین در تمام آراء و اقوالش واجب نکرده است و حتی شاگردان ائمه چهارگانه در بسیاری از مسائل با اساتید و امامان خود مخالفت کرده‌اند و نقل شده که محمد بن حسن شیبانی و ابویوسف تقریباً در یک سوم مذهب با امام ابوحنیفه مخالفت کرده‌اند که این حقیقت برای کسی که از کتابهای فقهی آگاهی دارد مسأله روشنی است.^۱ و ثابت شده است که پیشوایان چهارگانه و دیگر ائمه فقه، شاگردان خود را از تقلید کردن آنان نهی کرده‌اند که عبارات و اقوال آنان در این باره روشن و مشهور است. مزنی می‌گوید: «این مختصر را از علم شافعی و از معنای اقوالش گردآوری کردم با این هشدار که امام شافعی از تقلید کردن از او یا از دیگران نهی کرده است».^۲ ابن عبدالسلام می‌گوید: «جای شگفتی است که فقیهان مقلد از ضعیف بودن مأخذ امام خود آگاه می‌شوند بگونه‌ای که از دفع آن ضعیف، عاجز و ناتوان می‌باشند اما با این حال، به تقلید از امام خود در آن مسأله ادامه می‌دهند و قرآن و سنت و قیاس را بخاطر مذهب و از روی جمود و تعصب خشک نسبت به امام خود، ترک می‌کنند و حتی فراتر از آن در جهت دفع ظواهر قرآن و سنت دست به حیلہ گری می‌زنند و در راستای دفاع از امام خود به تاویل بعید و دور از فهم اقدام می‌کنند که البته بحث کردن و سخن گفتن با این افراد، بیهوده و بی فایده است و به کینه توزی و دشمنی می‌انجامد».^۳

^۱ - ابن عابدین، حاشیه رد المحتار، ج ۱، ص ۷۲

^۲ - الزرکشی، البحر المحیط، ج ۶، ص ۲۷۳

^۳ - ابن عبدالسلام، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۲۷۵

راه و رسم و سیره عملی اهل تقلید و موضع آنان نسبت به کسی که قرآن و سنت را در جهت تایید مذهب خود تاویل می‌کند این است که او را به مخالفت با شریعت و انحراف از سیره پیشوایان دین متهم می‌سازند. با اینکه این نوع تعصب، نوآوری در دین است و در قرون برتر وجود نداشته است. شنقیطی می‌گوید: «تقلیدی که متاخرین براساس آن به مخالفت با صحابه و قرون برتر پرداخته‌اند همان تقلید کردن از یک شخص معین است. این نوع تقلید مورد تایید هیچ نص قرآنی یا سنت نبوی نمی‌باشد و هیچکدام از صحابه پیامبر (ص) یا عالمان قرون برتر بدان قایل نبوده است بلکه آن مخالف اقوال و آرای بزرگان دین و پیشوایان فقه است زیرا هیچکدام از آنان معتقد به تقلید و تعصب خشک نسبت به رای یک عالم معین نبوده است. تقلید کردن از یک عالم معین از بدعت‌های قرن چهارم است و هرکس مدعی عکس این حقیقت باشد یک نفر از قرون برتر را نام ببرد که او ملتزم به مذهب عالم معینی بوده است که البته این ادعا کننده هرگز نمی‌تواند چنین شخصی را نام ببرد زیرا چنین مسأله‌ای هرگز اتفاق نیفتاده است.^۱

اما ناگفته نماند که مطالعه و تحصیل و فراگیری دانش فقهی یک مذهب همراه با دلیل و بدون تعصب از همان پیدایش فقه جزو شئون عالمان و محققان بوده است. راه و رسم عالمان در تربیت دانشجویان فقه و جویندگان شریعت با حفظ کردن یک مختصر فقهی - برحسب مذهب شاگرد - شروع می‌شود و آن عالم به شرح و توضیح آن مختصر برای طلبه همراه با تبیین دلایل آن می‌پردازد و قواعد و شروط و مناسبت‌های آن را توضیح می‌دهد و نکات و ظرافت‌های ادله و مآخذ را روشن می‌سازد و آنچه که مورد تایید دلیل و قیاس و تعلیل است ترجیح می‌کند و بر این اساس و بطور تدریجی ادامه می‌دهد تا آنکه برای شاگردان ملکه فقهی حاصل گردد.

سخن آخر آنکه اهتمام ورزیدن به این ثروت و گنجینه فقهی زاییده فراغ یا هوس نیست زیرا فروع این مذاهب مدون گردیده و هزاران عالم با تجربه در فنون مختلف به نقد و بررسی آن پرداخته‌اند و

^۱ - الشنقیطی، اضواء البیان، ج ۷، ص ۴۸۸؛ امیر بادشاه، تیسیر التحریر، ج ۴، ص ۲۰۸؛ القرضاوی، فتاویٰ معاصره، ج ۲، ص ۱۱۳

اصول و قواعد آن را تدوین کرده‌اند بگونه‌ای که مذاهب مذکور، منضبط و مبانی و قواعد آن، استوار و محکم گردیده است و بنابراین هرکس که قصد تاسیس و ایجاد ملکه‌ای راسخ در علوم اسلامی بدور از این شیوه باشد در حقیقت راه را بر خود قطع کرده و به بیراهه رفته است.

بند دوم: مقصود از رفع خلاف بوسیله تقلید

مقصود این است که اگر کسی به تقلید از یک امام معین بپردازد و به مذهب او ملتزم گردد آیا التزام او به نص آن امام در مسأله‌ای که ماخذ و دلیلش نسبت به ماخذ و دلیل مجتهد مخالف، ضعیفتر است او را کفایت می‌کند و وی را از طلب دلیل راجح یا مراعات خلاف بنابر قاعده تصویب و جواز تقلید مجتهد از مجتهدی دیگر، بی‌نیاز می‌سازد یا اینکه تقلید کردن در این حالت، مجزی و کافی نیست زیرا عمل به راجح هم در حق مجتهد و هم مقلد واجب و لازم است. قرافی تصریح کرده که تقلید مجتهد از مجتهدی دیگر در مسائل فروع جایز است و فقط مسائل ظروف و کعبه و لباس از این تجویز استثنا شده است و حکایت منقول از امام شافعی را ذکر کرده است. از امام شافعی سؤال شده که علت جواز خواندن نماز شخص مالکی پشت شافعی و بالعکس چیست با اینکه آنان در بسیاری از فروع با یکدیگر اختلاف دارند حال آنکه برای هیچکدام از مجتهدین جایز نیست که در مسأله ظروف و کعبه پشت مجتهد دیگر نماز بخواند؟ امام شافعی به این سؤال جواب نداده و سکوت اختیار کرده است. قرافی سپس جواب ابن عبدالسلام را ذکر کرده که او گفته است در عدم جواز خواندن نماز در مسأله ظروف و کعبه هیچ گونه خللی در برگزاری نماز جماعت ایجاد نمی‌کند حال آنکه قایل شدن به منع نماز در غیر موارد مذکور به کاهش جماعت که مطلوب شارع است می‌انجامد.^۱

^۱ - القرافی، الفروق، ج ۲، ص ۱۰۷

وجه استدلال به حکایت منقول از امام شافعی با اینکه او به سؤال مذکور جواب نداده این است که او به ادعای سؤال در مورد جواز اقتدا به مذهب مخالف در نماز یا غیر نماز هیچگونه اعتراضی نکرده است.

قبل از روشن ساختن قول صحیح در این مساله باید یادآوری کرد که مواضع نقض اجتهاد بوسیله اجتهاد خارج از محل نزاع است و تقلید در این مواضع، رافع خلاف نمی باشد اما در غیر مواضع نقض اجتهاد اگر مجتهد مخالف هیچگونه دلیلی در مورد مساله خلاف نداشته باشد یا اگر دلیل مجتهد دیگری قویتر و آشکارتر باشد و مجتهد مخالف از این موضوع آگاه باشد در این حالت چنین به نظر می آید که بدلیل عموم امر به احتیاط و عمل کردن به راجح، تقلید نمی تواند رافع خلاف باشد. دیگر آنکه در هنگام حصول علم از حکم صحیح که مخالف با حکم مورد تقلید است تقلید حرام می گردد. این حقیقت جزو ضروریات دین است. اما اگر دلیل مساله خلاف، ظاهر و آشکار نباشد و مساله محل نظر و اجتهاد محض باشد چنین به نظر می آید که در این حالت تقلید رافع خلاف است زیرا انظار و آرای مجتهدین همسانند با اینکه حکم آنان درباره مساله، متفاوت است و رای هیچکدام از مجتهدین اولی و سزاوارتر از دیگری نیست. حکم مساله در هنگام تکافو یا نزدیک بودن ادله به همین گونه است و قول برخی از فقها در مورد جواز تقلید مجتهد از مجتهد دیگر را با این استناد که اگر جایز است که مجتهد به ظن خویش برگرفته از شرع اعتماد و تکیه کند چرا اعتماد و تکیه کردن به ظن مجتهد دیگر که مبتنی بر دلایل شرعی است جایز نباشد^۱ باید بر این مورد حمل کرد.

خلاصه سخن این است که خلاف هرگاه ثابت شود تقلید نمی تواند رافع آن باشد مگر آنکه آرای مجتهدین از لحاظ ماخذ و دلیل همسان و برابر باشند خواه این تساوی از فقدان و عدم دلیل یا از برابر بودن آنها از لحاظ قوت یا نزدیک بودن از جهت مقتضی، ناشی شده باشد. اما اگر خلاف خارج از این موارد باشد در این صورت باید طبق اصل به تحری و جستجوی حق و طلب دلیل پرداخت که اگر

^۱ - ابن عبدالسلام، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۲۷۶

پس از تحقیق و جستجو، مسأله محتمل چند رای باشد و میان دو جهت که یکی دارای مشقت بیشتر یا یقین بیشتر است مردّد باشد در این حالت عمل کردن به قول اشق بخاطر خروج از خلاف و احتیاط در دین و میرا ساختن ذمه، متعین و لازم می گردد زیرا ذمه مکلف با اعتماد محض به تقلید و بی توجهی به اجتهاد و احتیاط، میرا نمی شود و در هنگام ظهور حق، تقلید حرام است همانگونه که ابن تیمیه اتفاق علما در این باره را نقل کرده است.^۱ امام نووی می گوید: «اگر دو مفتی برای شخص عامی دو فتوای متضاد بدهند اصحاب در این باره پنج قول دارند: ۱- به قول اشق عمل کند ۲- به قول اخف عمل کند ۳- در انتخاب فتوای اولی و بهتر اجتهاد کند و به فتوای داناتر و آگاه تر عمل کند. این قول، برگزیده سمعانی کبیر است و شافعی در مسأله قبله رأی مشابه آن دارد. ۴- از یک مفتی سوّمی استفتا کند و به فتوای آن کسی که با فتوای مفتی سوم موافق است عمل کند. ۵- دست به انتخاب بزند و به هر کدام که خواست عمل کند. این رأی ابو اسحاق شیرازی و خطیب بغدادی است. ابن صلاح گفته است: رای برگزیده این است که از فتوای راجح تر بحث و تحقیق کند و بدان عمل نماید زیرا حکم دو مفتی متعارض است و بنابراین باید از مفتی مطمئن تر و معتمدتر تحقیق کند و به فتوایش عمل نماید اما اگر هیچکدام بردیگری راجح نباشد در این حالت از مفتی سوّمی استفتا کند و به فتوای موافق او عمل نماید و اگر انجام چنین عملی متعذر گردد و اختلاف آندو مفتی راجع به تحریم و اباحه و قبل از عمل، باشد در این حالت به رأی قایل به تحریم عمل کند زیرا آن محتاطانه تر است اما اگر از هر جهت مساوی و برابر باشند در این حالت او مخیر است با اینکه تخییر در غیر این حالت، صحیح نمی باشد زیرا این مورد، استثناء و نادر و یک ضرورت است».^۲

۱- ابن تیمیه، مجموع الفتاوی، ج ۷، ص ۷۱

۲- النووی، المجموع، ج ۱، ص ۹۴

نتیجه گیری:

در پایان این تحقیق شایسته است که نتیجه و دستاورد آن مطرح گردد و بر همین اساس باید گفت که خلاف فقهی منازعه میان فقها به منظور احقاق حق یا ابطال باطل است که این اختلاف در حقیقت نتیجه تحری قصد شارع توسط مجتهد است. خلاف اجتهادی گرچه ناشی از دلیل است اما خلاف همیشه ناشی از اجتهاد نیست و به همین دلیل خلاف را می توان به اعتبارات گوناگونی تقسیم کرد که از جمله این اعتبارات انواع خلاف به اعتبار انگیزه و واقعیت است.

خلاف به اعتبار انگیزه به سه دسته قابل تقسیم است: ۱- خلاف ناشی از هوای نفس ۲- خلاف ناشی از حق ۳- خلاف مردّد میان مدح و ذم. خلاف ناشی از هوای نفس خلافی است که از هوای نفس و برای رسیدن به اهداف نکوهیده ناشی می شود که البته این خلاف مذموم و سزاوار سرزنش است. زیرا در این نوع خلاف هوا و هوس بر تحری و طلب حق غالب و مقدم است و بخاطر تفاوت و گوناگونی هوای نفس به تفرقه و دشمنی می انجامد. و گرچه پایه های فکری و علمی در نزدیک کردن اطراف خلاف به یکدیگر کم اهمیت نیستند اما حقیقت این است که اخلاص داشتن و دوری گزیدن از تمام هوسهای نفسانی در مقابل حق و مبارزه با نفس در جهت آزاد ساختن آن از بند خود خواهی و دیگرخواهی تنها راه گریز از این خلاف است و این راه بر تمام مبانی و قواعد فکری و اخلاقی مقدم تر است. اما خلاف ناشی از حق خلافی است که هوا و هوس در آن دخالت ندارد و تنها ناشی از حق و مقتضای عقل و علم است و از نظر ایمانی واجب است. مانند اختلاف مسلمانان با پیروان عقاید کفرآمیز که جزو مقتضیات ایمان و حق است. نوع سوم خلاف به اعتبار انگیزه میان مدح و ذم دایر است و به یکی از دو طرف مدح یا ذم اختصاص ندارد و شامل خلاف در فروع و احکام دایر میان احتمالات متعدد می شود. این نوع از خلاف نیز محل انحراف و لغزش است زیرا چه بسا در این نوع از خلاف هوای نفس با تقوا و علم با ظن و راجح با مرجوح و مردود با مقبول، اشتباه گردد که البته تنها راه پرهیز و خودداری از انحراف در این نوع خلاف، پیروی از قوانین و مقررات و ضوابط اصولی و رعایت ادب خلاف است.

خلاف همچنین به اعتبار واقعیت به دو دسته قابل تقسیم است: ۱- اختلاف تنوع ۲- اختلاف تضاد. در اختلاف تنوع اقوال و آراء متناقض نیستند و همه آنها صحیح هستند. مانند وجوه قراءات و انواع تشهد که این نوع از خلاف درحقیقت، اختلاف بشمار نمی آید زیرا هر کدام از کیفیت ها و اقوال به وسیله نصوص شرعی ثابت شده است و قول یا فعلی که شارع آن را تایید کرده است نمی توان در زمره خلاف بشمار آورد. اما اختلاف تضاد آن است که اقوال و آراء پیرامون یک شیء متناقض می باشند مانند اینکه یک قول قائل به حرمت و قول مخالف قائل به حلیت یک شیء باشند. وقوع اختلاف تضاد میان فقها و اینکه از میان اقوال مجتهدین حق یکی است حقیقتی است که مورد تایید قرآن و سنت و اجماع صحابه و اقوال پیشوایان فقه و فقاہت است و گرچه اقوال منقول از پیشوایان فقه متفاوت و گاهی ضد و نقیض است اما قول صحیح آنان وقوع این نوع از خلاف و واحد بودن حق است. خلاف تضاد خود به دو دسته تقسیم می گردد: ۱- اختلاف مقبول ۲- اختلاف مردود. خلاف مقبول هر خلافی است که مخالف نص قرآن یا سنت صحیح یا اجماع یا قیاس جلی نباشد. مقصود از نص همان نص در اصطلاح اصول است. یعنی فقط احتمال یک معنا داشته باشد و از آن نتوان اجتهادهای متعدد برداشت کرد. اما خلاف مردود هر خلافی است که مخالف نص قرآن یا سنت یا اجماع یا قیاس جلی باشد. این خلاف دارای اسباب و عوامل متعددی است که مهمترین آنها خودخواهی و دنیا پرستی، نادانی و جهل، داعیان بسوی گمراهی، تعصب کورکورانه نسبت به عناوین و اشخاص و مذاهب و اختلافات سیاسی است.

در مقابل اختلاف مذموم و مردود خلاف ناشی از اجتهاد قرار دارد که آن هم برخاسته از اسباب علمی و موضوعی است. عوامل و اسباب خلاف مذکور یا به اختلاف درباره قواعد تفسیر نصوص یا به اختلاف در سنت نبوی یا به اختلاف در ادله تبعی برمی گردد و اسباب خلاف اجتهادی خارج از سه مورد پیشگفته نیست. به عبارتی دیگر، اختلاف مجتهدین یا به اختلاف در چگونگی بکارگیری قواعد و مقررات زبانی و اصولی در هنگام تفسیر نصوص مانند اختلاف آنان در دلالت عام که آیا قطعی است یا ظنی؟ یا به اختلاف آنان در جزئیات مربوط به سنت مانند اختلاف در قبول حدیث مرسل یا به

اختلاف در اعتبار و محدوده اعتبار ادله تبعی مانند عرف و استحسان بر می گردد و به همین دلیل که خلاف ناشی از اجتهاد معتبر و برخاسته از عوامل علمی است شایسته است که مورد مراعات قرار بگیرد و در هنگام افتاء و اجتهاد و عمل ملاحظه شود. زیرا پس از بررسی دلائل قائلان به مراعات خلاف و اشکالات مخالفان این نتیجه بدست آمد که دیدگاه قائلان به مراعات خلاف راجح است و بعنوان یک اصل در چهار مذهب اهل سنت بکار گرفته شده است بگونه‌ای که بسیاری از مسائل و فروع فقهی براساس آن تخریج شده است. مراعات خلاف با اهداف کلی شریعت اسلام هماهنگی و همخوانی بیشتری دارد که این خود یکی از مرجحات دیدگاه جمهور است زیرا از معیارهای ترجیح در هنگام نقد و بررسی دیدگاهها، ملاحظه کردن آثار و پیامدهای اقوال است و روشن است که دیدگاه قائلان به مراعات خلاف علاوه بر اینکه از دلایل محکم و استوار و روشن برخوردار است آثار و پیامدهای مثبت و ارزنده‌ای بدنبال دارد و می‌تواند بعنوان راهکاری علمی در جهت محقق ساختن یکی از مهمترین مقاصد دین یعنی کم کردن دایره اختلافات میان مذاهب فقهی و از بین بردن اسباب و عوامل تفرقه میان مسلمانان مورد استفاده قرار بگیرد.

دیگر آنکه قائلان به دیدگاه دوم بطور صریح قائل به عدم مراعات خلاف نشده‌اند بلکه آنان ایرادات و اشکالاتی درباره قاعده مراعات خلاف مطرح کرده‌اند که آن ایرادات و اشکالات توسط قائلان به مراعات خلاف جواب داده شده‌اند و به همین دلیل چونکه مساله مراعات خلاف برای آنان روشن گردید آنان خود به جمع نظریه پردازان مراعات خلاف پیوستند همانگونه که چنین حالتی برای امام شاطبی که خود در آغاز از مخالفان مراعات خلاف بود اتفاق افتاد و در حقیقت، اعتراضاتی که از سوی مانعان مطرح گردیده از عدم فهم درست آنان از مفهوم مراعات ناشی شده است. آنان در حکم کردن بر مراعات خلاف عجله به خرج داده‌اند و هیچ شکی نیست که حکم بر یک شی‌ی فرعی تصور آن شی‌ی است و هرکس در تصور چیزی خطا کند ضرورتاً در حکم کردن بر آن چیز دچار خطا می‌شود که این مساله بطور کامل در مورد مانعان مراعات خلاف صدق می‌کند.

بنابراین می‌توان به ضرس قاطع این حقیقت را مطرح کرد که جمهور فقها و تمام مذاهب اسلامی قائل به مراعات خلاف می‌باشند و بهترین گواه این ادعا فروع فقهی بیشماری است که براساس مراعات خلاف تخریج شده‌اند و براین اساس، جایی برای مخالفت با مراعات خلاف باقی نمی‌ماند چرا که آن راه و رسم عالمان و پیشوایان فقه از گذشته تاکنون بوده است.

افزون بر آن، نگاه مقاصدی به مراعات خلاف می‌تواند یکی دیگر از مرجحات لزوم مراعات خلاف باشد، چه مراعات خلاف در حقیقت راهکاری عملی در جهت محقق ساختن وحدت و روح اخوت میان مسلمانان و مدارا میان مذاهب اسلامی بشمار می‌آید و می‌تواند اختلافات را به حداقل برساند و زمینه را برای اعتبار بخشیدن به آرای مخالفان فراهم سازد و این همان چیزی است که با روح تسامح و تساهل دین اسلام همخوانی بیشتری دارد. قرآن کریم در کنار تبیین تفرقه و اختلاف، اصول مشترک عقیدتی را در قالب مذاهب و ادیان مطرح کرده و در هر مورد، این اشتراک را دلیل لزوم مدارا و احترام نهادن با مخالفان دانسته است. قرآن کریم در ابتدا با آوردن دیدگاه جامعی درباره اختلاف و تفرقه اصول مشترک دین اسلام را محور هم بستگی اسلامی و عامل ضرورت وحدت و مدارا و تساهل و تسامح ایشان در کنار یکدیگر دانسته است. خداوند متعال می‌فرماید:

(وَأَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا^۱ وَادْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا وَكُنْتُمْ عَلَىٰ شَفَا حُفْرَةٍ مِنَ النَّارِ فَأَنْقَذَكُمْ مِنْهَا^۲ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ^۳) ... وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَفَرَّقُوا وَآخْتَلَفُوا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ وَأُولَٰئِكَ هُمُ عَدَاؤُا عَظِيمٌ^۴) (ال عمران/۱۰۳-۱۰۵).

و همگی به رشته خداوند چنگ زده به راه‌های متفرق نروید! و به یاد آرید این نعمت بزرگ خداوند را که شما با هم دشمن بودید در دل‌های شما الفت و مهربانی انداخت و به لطف او همه برادر دینی یک دیگر شدید و در حالی که در پرتگاه آتش بودید شما را نجات داد..... و شما مانند کسانی نباشید که پس از آمدن آیات و ادله روشن برای هدایت متفرق شده و به اختلاف افتادند!

قرآن پس از تعریف تفرق و اختلاف بر مبنای اصول دینی بر مسلمانان تکلیف می‌کند که باید با تکیه بر همین اصول مشترک دینی با یکدیگر متحد باشند و بر پایه همین اتحاد اخوت و الفت را بنیان نهند. به این ترتیب به مسلمانان دستور می‌دهد که اختلافات مذهبی نباید توجیهی برای نزاع و نادیده گرفتن آرای مخالفان باشد بلکه اشتراک در اصول دینی تنها معیار درست برای توجیه وحدت و یکپارچگی و احترام نهادن به یکدیگر و مدارا است. پروردگار متعال می‌فرماید: (وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ^۱ وَأَصْبِرُوا^۲ إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ^۳) (انفال/۴۶) یعنی: پیرو خدا و رسولش باشید و هرگز راه اختلاف و تفرقه نپوید! چرا که ناتوان گشته، عظمت شما از بین می‌رود و پایدار و صبور باشید که خداوند با صابران است.

یعنی دو اصل توحید و نبوت را محور قرار دهید و در پس آن هیچ چیزی را بهانه‌ای برای منازعه و خشونت قرار ندهید. و براساس این آیات می‌توان درک کرد که وحدت عملی میان مسلمانان و احترام نهادن به مخالفان از چه مقدار اهمیت دینی برخوردار است و این همان چیزی است که در قاعده مراعات خلاف کاملاً روشن و آشکار است چرا که موضوع مراعات خلاف ملاحظه کردن آرای اجتهادی دیگران و صادر کردن رأی همانند آن یا نزدیک بدان است و روشن است مادامی که مسأله اجتهادی است و پیرامون آن هیچ نص صریح و روشنی وارد نشده است آن نباید به تفرقه و منازعه بینجامد.

دیگر آنکه مراعات خلاف ناظر به کثرت گرایی با احتمال حقانیت است زیرا یکی از پایه‌های اساسی مراعات خلاف «قولی صواب یحتمل الخطا و قول غیری خطا یحتمل الصواب» است زیرا رای خود را حق مطلق دانستن و رای مخالفان را باطل مطلق بشمار آوردن خارج از دایره مراعات خلاف است و کثرت گرایی دینی و عقیدتی گرچه مذموم و مردود است اما کثرت گرایی فقهی و اجتهادی می‌تواند آثار و نتایج ارزنده‌ای در جامعه داشته باشد و دیدگاه فقها راجع به جواز پیروی هر مسلمانی از هر مذهبی که دارای کتب فقهی منضبط بوده و به درستی برای وی نقل شده موید کثرت

گرایی با احتمال حقانیت است و حق در نزد مذهب معینی، متعین نمی‌باشد و نیک روشن است که چنین نگاهی به مراعات خلاف، روح تعصب و موضع سخت گیرانه نسبت به آراء و پیروان مذاهب را می‌خشکاند و بجای آن روح تساهل و تسامح و همزیستی مسالمت آمیز و لطافت و مهربانی بر پیکره جامعه اسلامی می‌نشانند.

از دیگر آثار و فواید مراعات خلاف عدم اجرای اصل امر به معروف و نهی از منکر در مسائل اجتهادی است که این مساله در کتب فقهی و قواعد فقه با عباراتی همچون « لا انکار فی مسائل الخلاف»، «لاینکر المختلف فیه و انما ینکر المجمع علیه» بیان گردیده است. اصل عدم اجرای امر به معروف و نهی از منکر در مسائل اجتهادی در برگزیده چند اصل عملی و فقهی است و ظاهر عبارات مذکور و مفهوم آنها بر حقایق زیر دلالت دارد:

۱- مفهوم این اصل بیانگر قواعد گفتگو و مناظره میان اطراف اختلاف است که در راس این قواعد و مقررات، داشتن حسن ظن نسبت به مخالف و عدم بکارگیری زور و خشونت در هنگام نیاز به سرزنش و انکار، قرار دارد. اما انکار و سرزنش بواسطه نصیحت یا مناظره یا مشورت یا مباحثه یا تخطئه نتیجه اجتهاد همراه با رعایت ادب، راه و رسم و شیوه عملی عالمان و پیشوایان فقه از گذشته تاکنون بوده است.

۲- نهی از منکر در خلافت‌های اجتهادی و فقهی مادام که مخالف نص یا اجماع یا قیاس یا قواعد نباشد اعمال و جاری نمی‌گردد.

۳- اصل در خلاف اجتهادی میان مسلمانان این است که مخالف را باید معذور دانست و نسبت به او حسن ظن داشت و به همین دلیل انکار بواسطه زور در مورد مخالف جاری نمی‌گردد و فقط بکارگیری مناظره و استدلال علمی با او جایز و روا می‌باشد.

۴- با توجه به اصل مذکور، احکام شرعی از لحاظ اهمیت و از حیث ترک یا فعل دو قسم است: محکومات قطعی و مسائل فرعی، و بر همین اساس، مخالف در محکومات شرعی مستحق انکار و سرزنش است. چه محکومات شرعی اساس و جوهره دین را تشکیل می‌دهند و محور وحدت و

یکپارچگی مسلمانان هستند و به همین دلیل، باید از این محکومات شرعی پاسداری کرد و شخص ناقض آنها را بطور شایسته مورد انکار و سرزنش قرارداد و مخالف در محکومات شرعی در هر جاه و مقام و عظمت باشد شایسته انکار و توبیخ است زیرا ملاک و معیار، فعل نه فاعل است.

فقها و بزرگان دین اتفاق نظر دارند که انکار و سرزنش فقط در مورد اجماع انجام می‌گیرد و در موارد اختلافی جاری نمی‌گردد.^۱ زیرا خلاف در فروع پیوسته میان سلف بوده و هیچکس به انکار و سرزنش کردن دیگری بخاطر اجتهادی که کرده نپرداخته است. سفیان ثوری می‌گوید: «هرگاه کسی دیدی که مرتکب عملی اختلافی شده است و اعتقاد شما بر خلاف آن است او را از آن عمل نهی مکن». او همچنین گفته است: «هیچ کسی از برادران دینی خود را از عملی که فقها در مورد آن اختلاف کرده‌اند نهی نمی‌کنم».^۲ امام احمد می‌گوید: «فقیه نباید مردم را به یک مذهب وا دارد و نباید بر آنان سخت بگیرد».^۳

شایسته یادآوری است که عدم اجرای اصل نهی از منکر نسبت به مخالف هنگامی است که رای مخالف بر خلاف نهی واضح الدلاله یا اجماع نباشد اما اگر دلیل واضح و ثابت و مدلولش روشن و آشکار یا خلاف مهجور و متروک باشد در این حالت، انکار و سرزنش البته با التزام به آداب نهی از منکر و آن هم برحسب درجات انکار، واجب و لازم است زیرا رای مخالف نص صریح یا اجماع از دایره اجتهادیات بیرون است. ابن قدامه می‌گوید: «نباید کسی را بخاطر عمل کردن براساس مذهبش مورد انکار قرارداد زیرا در مسائل اجتهادی اصل نهی از منکر جاری نمی‌گردد».^۴

^۱ - النووی؛ روضه الطالبین، ج ۹، ۹۶؛ الهیتمی، الزواجر عن اقتراف الکبائر، ج ۲، ص ۱۵۹؛ الشربینی، مغنی المحتاج، ج ۴، ص ۲۱۱؛ الزرکشی، المنثور فی القواعد، ج ۲، ص ۱۴۰؛ الشروانی، حواشی الشروانی، ج ۹، ص ۲۱۹؛ امیر بادشاه، تیسیر التحرير، ج ۴، ص ۱۹۶

^۲ - ابن الخطیب، الفقیه والمنقعه، ج ۲، ص ۶۹

^۳ - ابن المغلق، الاداب الشرعیة، ج ۱، ص ۱۶۶

^۴ - همان مرجع.

امام نووی می‌گوید: « امر به معروف و نهی از منکر جزو شئون کسی است که عالم به مامورات و منهیات است که آن هم برحسب مورد، متفاوت است. مساله اگر جزو واجبات ظاهر و محرمات مشهور مانند نماز، روزه، زنا، خمر و غیره باشد در این حالت، همه مسلمانان بدان عالم و آگاه می‌باشند اما اگر مساله جزو جزئیات اقوال و افعال ظریف و موارد اجتهادی باشد در این صورت، عوام حق انکار و سرزنش کردن مخالف را ندارند بلکه آن جزو وظایف عالمان دین است. دیگر آنکه عالمان دین اصل نهی از منکر را در مورد منکری که درباره اش اجماع وجود دارد اجرا می‌کنند اما در مسائل اختلافی اصل نهی از منکر جاری نمی‌سازند زیرا یا هر مجتهدی مصیب است یا اینکه مصیب یکی از مجتهدان است اما مشخص و متعین نیست و بر شخص خطاکار گناهی نمی‌باشد اما اگر همین موارد اجتهادی از باب ندب و نصیحت و بمنظور خروج از خلاف و با نرمی و ملایمت مورد انکار واقع شوند آن امر پسندیده‌ای است زیرا علما در مورد اسحباب خروج از خلاف اتفاق نظر دارند مادام که آن به ترک سنت یا واقع شدن در خلافی دیگر نینجامد»^۱ ماوردی هم درباره شخص محتسب که حاکم او را به وظیفه «حسبه» منصوب کرده است می‌گوید: « فقها در مورد محتسب اختلاف کرده‌اند که آیا او می‌تواند در مسائل اجتهادی مردم را به مذهب خودش وادارد مادام که او مجتهد باشد یا اینکه او چنین حقی ندارد و تغییر آنچه که براساس مذهب دیگران صورت گرفته خارج از وظایف اوست؟^۲ از میان دورای، قول برگزیده واضح این است که محتسب حق تغییر موارد اختلافی و اجتهادی را ندارد زیرا خلاف میان صحابه و تابعین در فروع فقهی همیشه وجود داشته است و آنان هرگز یکدیگر را بخاطر این اختلافات مورد انکار و سرزنش قرار نداده‌اند

^۱ - النوی، روضه الطالبین، ج ۹، ص ۲۶؛ محفوظ، الابداع فی مضار الابتداع، ص ۱۴۳-۱۴۴

^۲ - الماوردی، الاحکام السلطانیة، ص ۳۴۶

و تنها کسی را مورد انکار و توبیخ و سرزنش قرار می‌داده‌اند که رای او برخلاف نص یا اجماع یا قیاس باشد همانگونه که امام نووی گفته است.^۱

بنابراین ناظر در مسائل خلاف هرگاه از نظرش یک رای راجح باشد نباید به انکار و سرزنش قراردادن مخالف اقدام کند حتی اگر خلاف از نظر قاصر او، بسیار دور و ضعیف باشد و بر او لازم است که درباره مآخذ مخالف و مستند رای او، بحث و جستجو کند زیرا چه بسا رایی که از نظرش راجح است از نظر دیگران مرجوح باشد و بالعکس.

خلاصه سخن آنکه عدم اجرای اصل امر به معروف و نهی از منکر در مسائل اجتهادی یکی از آثار عملی و اجتماعی قاعده مراعات خلاف بشمار می‌آید و ملاحظه کردن این اصل در هنگام امر به معروف و نهی از منکر توسط آمران به معروف و ناهیان از منکر امر ضروری و لازم است. همچنین باید به این حقیقت دینی توجه کرد که برخی از نصوص از جمله قرآن و سنت متواتر از لحاظ ثبوت، قطعی هستند و برخی دیگر که آن اخبار احاد است ظنی الثبوت می‌باشند. دلالت نص گاهی ظنی و گاهی قطعی است که شناخت همه این موارد و ملاحظه کردن آنها در هنگام استنباط و اجتهاد تاثیر گذار است و بر این اساس هیچ کس حق ندارد فهم و استنباط دیگران از نص بدلیل مخالفت با فهم و برداشت او از همان نص را مورد انکار و سرزنش قرار دهد مادام که فهم و استنباط مخالف در چهارچوب نص و در دایره دلیل جای دارد و متناقض با دیگر نصوص شرعی نمی‌باشد. دیگر آنکه بیشتر احکام فقهی و عملی از نوع احکامی است که با طرق و روشهای ظنی ثابت می‌شوند تا بدین ترتیب دامنۀ اجتهاد شامل حال همه مردم شود و مادام که خداوند حکیم باب آسانی و تیسیر را برای بندگان گشوده و مصلحت مردم را معتبر دانسته است شایسته نیست که شخص مخالف در مسائل و احکام فروع به کفر یا فسق یا بدعت نسبت داده شود بلکه امر لازم و بایسته این است که او را معذور دانست تا بدین ترتیب رابطه دوستی و برادری با مخالف همچنان پایدار و برقرار بماند و

^۱ - النووی، روضه الطالبین، ج ۹، ص ۲۶؛ امیر بادشاه، تیسیر التحرير، ج ۴، ص ۱۹۶

نباید یک مذهب را براساس مذهبی دیگر محاکمه کرد چرا که اجتهاد معتبر با اجتهاد معتبر دیگر باطل نمی گردد.

از دیگر آثار و فواید مراعات خلاف تقویت مبانی اجتهادی است. زیرا در مراعات خلاف مادام که نیت‌ها صادقانه باشد این فرصت بوجود می‌آید که تمام احتمالات و وجوه دلالت ادله شناخته شوند. آن وجوهی که ممکن است مقصود دلیل بوده و دلیل بگونه ای آنها را ملاحظه کرده باشد. احتمالات و وجوهی که ممکن است ذهن مجتهد به آنها نرسیده یا به ذهن او خطور نکرده باشد و روشن است که مجتهد با آگاه شدن از وجوه آراء و دلایل دیگران به گنجینه و مبانی و ملکه اجتهادی خود می افزاید و چه بسا اجتهادات خود را براساس آراء و اندیشه‌های دیگران تصحیح کند یا حتی به خطا بودن اجتهاد خود پی ببرد که این مساله در هنگام اجتهاد در حالت عدم نص و برگشتن به نص در صورت آشکار شدن آن، بسیار روشن و بدیهی است.

در حقیقت مراعات خلاف در مقام نظر و اجتهاد خود یک تمرین ذهنی و نوعی آمیزش افکار و راهی برای گشودن زمینه‌های اندیشه و تفکر در جهت رسیدن به سایر احتمالات و فرضیه‌های ممکن در مساله بشمار می‌آید و راه حل‌های متعدد و گوناگونی در برابر هر مساله برای رسیدن به راه حل مناسب برای وضعیت موجود بگونه‌ای که با آسانی و مقاصد شریعت همخوانی داشته باشد در اختیار اندیشمندان دینی قرار می‌دهد.

مراعات خلاف از آنجایی که یک بحث فقهی و اصولی است آثارش در فروع فقهی تجلی بیشتری پیدا می‌کند و در حقیقت آثار فقهی که مجتهدان مذاهب اسلامی براساس مراعات خلاف تخریب کرده‌اند خود بیانگر احترام نهادن آنان به آراء و نظریه‌های مخالفان است که به همین دلیل آخرین مطلب این تحقیق ارائه نمونه‌ها و شواهد فقهی از مراعات خلاف در میان مذاهب اسلامی خواهد بود و گرچه بیان و شرح و استقرای فروع فقهی مبتنی بر مراعات خلاف در مذاهب فقهی خود نیازمند تحقیقی دیگر است اما در اینجا به ارائه شواهدی چند در این باره اکتفا خواهد شد زیرا همین چند

شاهد فقهی در تبیین و تقریر مراعات خلاف و آثار و اهمیت آن در نزد مجتهدان و فقیهان کفایت می‌کند.

مذهب شافعی:

در مذهب امام شافعی فروع فقهی که بر اساس مراعات خلاف تخریح شده‌اند بسیارند از جمله :

۱- در مذهب شافعیه اگر پس از جستجو و طلب معتبر، آب برای وضو یافت نشود تیمم جایز می‌گردد بدلیل آیه قرانی و احادیث صحیح و اجماع و هیچ فرقی در این نیست که یقین حاصل شود آب در آخر وقت یافت می‌شود یا چنین یقینی حاصل نگردد. این رای تمام فقها است. اما اگر شخص از وجود آب در آخر وقت یقین پیدا کند بگونه‌ای که می‌تواند در وقت، طهارت و نماز را بجا آورد بهتر این است که نماز را به آخر وقت به تاخیر اندازد تا آن را بوسیله وضو که اصل است انجام داده باشد و خلاف زهری که معتقد است تیمم فقط در هنگام خوف فوت وقت جایز است مراعات شده باشد.^۱

۲- در مذهب شافعیه مسح جزئی از سر در هنگام وضو کفایت می‌کند اما بهتر آن است که فقط به مسح پیشانی اکتفا نشود تا بدین ترتیب از خلاف دیگر مذاهب از جمله حنفیه که می‌گویند مسح یک چهارم سر لازم است خروج حاصل شود.^۲

۳- در مذهب شافعیه بنابه قول اصح، بجا آوردن نیت پرداخت زکات توسط موکل در هنگام تحویل آن به وکیل کفایت می‌کند بدلیل حصول نیت از سوی مخاطب به پرداخت زکات و اقتران نیت به عمل پرداخت زکات اما بهتر آن است که وکیل هم در هنگام توزیع زکات بر مستحقین نیت زکات را بجا آورد تا بدین ترتیب خلاف دیگران مراعات شده باشد.^۳

^۱ - النووی، المجموع، ج ۲، ص ۳۰۰-۳۰۱

^۲ - الانصاری، فتح الوهاب، ج ۱، ص ۲۸

^۳ - الشربینی، مفتی المحتاج، ج ۱، ص ۴۱۴-۴۱۵؛ الدمیاطی، اعانه الطالبین، ج ۲، ص ۲۰۶

۴- در مذهب شافعیه دختر حاصل از زنا برای شخص زانی- پدر- حلال است زیرا آن دختر نسبتی با زانی ندارد و شرعاً نسبت به زانی، بیگانه بشمار می‌آید زیرا زنا موجب حرمت نیست و به همین دلیل است که سایر احکام نسب از جمله ارث و غیره منتفی می‌باشد. برخی گفته‌اند آن دختر بر زانی حرام است و برخی دیگر گفته‌اند اگر شخص زانی مطمئن است که آن دختر از نطفه اوست بر او حرام است. اما براساس قول اول، ازدواج با آن دختر مکروه است و علت مقتضی کراهت همانگونه که سبکی گفته مراعات خلاف است.^۱

۵- نماز خواندن در حرم مکه در هر ساعت از شبانه روزه مکروه نیست و از اوقات کراهت استثنا شده است جز اینکه نماز خواندن در اوقات کراهت بخاطر خروج از خلاف، خلاف اولی است.^۲

۶- هنگام دادن سلام اول در نماز بهتر آن است که نیت خروج از نماز آورده شود تا بدین ترتیب خلاف رای قایل به وجوب چنین نیتی مراعات شده باشد.^۳

۷- اعتکاف زن در مسجد خانه خود طبق مذهب جدید صحیح نیست اما در مذهب قدیم صحیح است. و اگر قایل به صحت اعتکاف زن در خانه خود شویم بهتر آن است که بخاطر خروج از خلاف در مسجد اعتکاف کند.^۴

۸- نمازگذار اگر در هنگام قرائت فاتحه بر «أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ» توقف کند اعاده آن از اول آیه یعنی از «صراط اللذین» مندوب نمی‌باشد زیرا اعاده آن به تکرار جزئی از رکن قولی می‌انجامد و تکرار

^۱ - الشریبینی، مغنی المحتاج، ج ۳، ص ۱۷۵

^۲ - الشریبینی، الاقناع، ج ۱، ص ۱۴۹؛ الشریبینی، مغنی المحتاج، ج ۱، ص ۱۳۰

^۳ - الدمیاطی، اعانه الطالبین، ج ۱، ص ۲۰۷؛ الانصاری، فتح الوهاب، ج ۱، ص ۸۴؛ الملبیاری، فتح المعین، ج ۱، ص ۲۰۷

^۴ - الشروانی و العبادی، حواشی الشروانی و العبادی، ج ۳، ص ۴۶۶؛ الشریبینی، مغنی المحتاج، ج ۱، ص ۴۵۱

جزئی از رکن قولی بنا به یک رای، موجب ابطال نماز می‌گردد و بنابراین ترک اعاده آن بخاطر خروج از خلاف، اولی و بهتر است.^۱

۹- اگر شخص دارای وضو، حجامت کند یا اینکه بعد از نماز دچار بیهوشی شود مستحب است که وضو را تجدید کند تا بدین ترتیب از خلاف ابوحنیفه خارج شود. زیرا از نظر ابوحنیفه موارد مذکور ناقض وضو هستند اما اگر با آن وضو هیچ نماز نخوانده باشد و بیهوش گردد تجدید وضو برای او مکروه است زیرا تجدید وضو بمعنای شستن اعضای وضو برای بار چهارم است که از آن نهی شده است.^۲

۱۰- جاشویی که همیشه به مسافرت دریا می‌رود و زن و فرزندان خود را به همراه می‌برد بهتر آن است که نمازش را کامل بخواند تا بدین ترتیب خلاف امام احمد که قایل به عدم جواز نماز به صورت قصر برای چنین شخصی است مراعات شده باشد.^۳

البته علاوه بر این فروع فقهی موارد بیشمار دیگری وجود دارد که خواننده می‌تواند جهت آگاهی بیشتر به منابع زیر مراجعه کند.^۴

مذهب مالکیه:

در مذهب مالکیه مانند دیگر مذاهب به مراعات خلاف توجه شده است و آثار فقهی بیشماری بر همین اساس تخریج شده‌اند که نمونه‌های زیر از جمله آنها است.

^۱- الدمیاطی، اعانه الطالبین، ج ۱، ص ۱۷۲

^۲- الاسنوی، التمهید، ص ۶۳۵

^۳- النووی، روضه الطالبین، ج ۱، ص ۳۸۵

^۴- الشربینی، مغنی المحتاج، ج ۴، ص ۲۳۶، ۴۵؛ ج ۳، ص ۱۵۷، ۱۵۳، ۳۴۰؛ ج ۱، ص ۱۶۹، ۲۴۵، ۴۵۱، ۱۷۷، ۳۴، ۹۷، ۳۵، ۱۳۲، ۳۳۲، ۴۱۴، ۱۴۹؛ الانصاری و العبادی، حواشی الشروانی و العبادی، ج ۳، ص ۱۲۹، ۱۱۲، ۱۰۳، ۴۱، ۴۳۳، ۳۸۹؛ ج ۴، ص ۱۵۸، ۵۱، ۱۰۱، ۱۸۶، ۱۸۸

۱- در مذهب امام مالک کسی که تکبیر احرام نماز را فراموش کرده و به امام در حالت رکوع اقتدا کرده و برای رکوع تکبیر گفته باشد مستحب است که نمازش را همراه با امام بخاطر مراعات خلاف ادامه دهد.^۱

۲- در مذهب مالکیه شرط وجوب و صحت روزه و وجوب قضای آن، اسلام است زیرا بر شخص کافر روزه واجب نیست و اگر روزه بگیرد روزه‌اش صحیح نمی‌باشد و اگر مسلمان شود قضای روزه بر او واجب نمی‌گردد بدلیل قول پروردگار که فرموده است: (قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ وَإِنْ يَعُودُوا فَقَدْ مَضَتْ سُنَّتُ الْأَوَّلِينَ) (انفال/ ۳۸) اما امام مالک با این حال، قضا کردن روزی که شخص کافر در اثنای آن مسلمان شده و پرهیز از خوردن در بقیه روز برای کافر مسلمان شده را مستحب دانسته است بخاطر مراعات خلاف آن عده از فقها که کافر در حال کفرش را مخاطب به فروع می‌دانند.^۲

۳- در مذهب مالکیه ادرار و مدفوع حیوانی که خوردنش مباح است پاک و طاهر است اما مستحب است که بخاطر خروج از خلاف شافعیه که معتقدند آن نجس است، شسته شود چه، از امام مالک استحباب شستن آن روایت شده است.^۳

۴- در مذهب مالکیه حکم احیای موات برحسب اختلاف موضع و مکان آن موات، متفاوت است که به آن بر سه وجه است: ۱- موات دور از عمران باشد ۲- نزدیک عمران باشد و در احیای آن ضرری به کسی نمی‌رسد ۳- نزدیک عمران باشد و احیای آن، موجب ضرر و زیان به غیر گردد. در موارد اول، نیازی به اذن امام نیست مگر از باب استحباب. اما در مورد دوم، احیای آن بدون اجازه امام جایز نیست که قول مشهور در مذهب مالکیه همین است. برخی گفته‌اند: طلب اذن امام

۱- ابن رشد، المقدمات المهدات، ج ۱، ص ۱۱۴، الدسوقی، حاشیه الدسوقی، ج ۱، ص ۲۳۲

۲- ابن رشد، المقدمات المهدات، ج ۱، ص ۱۷۸

۳- الخطاب، مواهب الجلیل، ج ۱، ص ۱۳۲-۱۳۳، الدسوقی، حاشیه الدسوقی، ج ۱، ص ۵۱

مستحب است و بنا بر قول مشهور یعنی عدم جواز احیاء بدون اذن امام اگر کسی بدون اذن امام موات را احیا کند آیا احیای موات مذکور، امضا و تنفیذ می‌گردد؟ بنابه یک قول بخاطر مراعات خلاف اجرا و تنفیذ می‌گردد. این رای اصبح و اشهب است.^۱

۵- در مذهب مالکیه تیمم رافع حدث نیست بلکه فقط موجب اباحه عبادت است و بنابراین جایز نیست که مکلف با یک تیمم دو نماز بخواند و اگر دو نماز را با یک تیمم بخواند یا با تیممی که برای نماز دیگری آن را نیت کرده نمازی بخواند یا خواندن نماز با آن را به تأخیر بیندازد در تمام این حالات اعاده نماز در وقت و خارج وقت واجب است. اما آن رای که قایل به وجوب اعاده فقط در وقت است یا میان تیمم برای نماز نافله و خواندن نماز فرض با آن یا تیمم برای فرض و خواندن نماز نافله قبلی با آن تیمم، فرق قائل شده است او بر خلاف اصل عمل کرده و این رای را براساس مراعات خلاف صادر کرده است یعنی مراعات قول کسی که معتقد است تیمم هرگاه طبق شروط انجام بگیرد رافع حدث می‌باشد و بخاطر مراعات قول کسی که می‌گوید: طلب آب فقط برای یکبار لازم و متعین می‌باشد و وجوب طلب در حق او تکرار نمی‌گردد چه، تیمم هرگاه طبق شروط صحیح انجام گرفته باشد تیمم کننده بر طهارت می‌باشد مادام که دچار حدث نشده یا بدون طلب، آب را بیابد زیرا وجوب طلب در حق او تکرار نمی‌گردد.^۲

۷- در مذهب مالکیه هرگاه در آب کم و اندک نجاست بیفتد و هیچ یک از اوصافش تغییر نکند آن آب، پاک و طاهر است اما با وجود آب دیگری استعمال آن مکروه است. وجه این کراهت همان مراعات خلاف است زیرا شافعی و اصبح معتقدند که آن آب، پاک و طاهر نمی‌باشد.^۳

^۱ - الخطاب، مواهب الجلیل، ج ۷، ص ۶۱۴

^۲ - ابن رشد، المقدمات المهدات، ج ۱، ص ۸۴

^۳ - الخطاب، مواهب الجلیل، ج ۱، ص ۹۸-۹۹؛ الدسوقی، حاشیه الدسوقی، ج ۱، ص ۴۱

۸- در مذهب مالکیه، پرداخت تمام زکات به یک صنف از اصناف هشتگانه جایز است مگر عامل زکات که کل زکات به او پرداخت نمی‌گردد مگر آنکه مقدار کل زکات به اندازه اجرت عمل او یا کمتر از آن باشد اما مندوب است که زکات دهنده زکات خود را به تمام اصناف مستحق زکات تعمیم دهد تا بدین ترتیب خلاف شافعی مراعات شده باشد.^۱

۹- در مذهب مالکیه در هنگام وضو اگر بجای مسح، تمام سرشسته شود شستن سر بجای مسح آن، کفایت می‌کند زیرا شستن مسح و زیادت است. این رای مشهور مالکیه است. اما طبق رای دوم، شستن کفایت نمی‌کند زیرا حقیقت غسل غیر از حقیقت مسح است و طبق قول سوم، شستن بخاطر مراعات خلاف، مکروه است.^۲

۱۰- قرائت فاتحه در نماز جنازه بنا به قول مشهور در مذهب مالکیه مستحب نمی‌باشد و بنا به قول شاذ، مستحب است اما قرافی و اشهب گفته‌اند که بخاطر خروج از خلاف قرائت فاتحه مندوب است.^۳ علاوه بر این موارد، بمنظور آگاهی بیشتر به مراجع زیر نگاه شود.^۴

مذهب حنفیه:

۱- در مذهب حنفی لمس آلت جنسی ناقض وضو نیست اما شستن دست مندوب است و وضو گرفتن بخاطر خروج از خلاف بویژه در حق امام مستحب است.^۵

۲- داین اگر از مدیون خود سرقت کند و شی مسروقه از جنس دین و زمان آن فرا رسیده باشد دست داین قطع نمی‌گردد و اگر دین، موجل باشد استحصاناً قطع می‌گردد. اما اگر شی مسروقه از

^۱ - الدسوقی، حاشیه الدسوقی، ج ۱، ص ۴۱۷

^۲ - الخطاب، مواهب الجلیل، ج ۱، ص ۳۰۵

^۳ - همان، ج ۳، ص ۱۵، ۳۵

^۴ - الخطاب، مواهب الجلیل ج ۲، ص ۳۲۵، ۳۲۶، ۷۳، ۲۶، ۳۳۰، ج ۴، ص ۱۶۳، ۱۶۲، ۱۳۲، ۱۱۸، ۱۰۴، ۱۲، ۴۴۷، الدسوقی، حاشیه

الدسوقی، ج ۱، ص ۵۲۲، ۱۵۸، ۲۹۱، ۴۸۴، ۲۹۷، ۲۵۱، ۱۳۲

^۵ - الحصفی، الدر المختار، ج ۱، ص ۱۵۸-۱۵۹

جنس دین نباشد دست داین قطع می‌گردد بر خلاف رای شافعی که معتقد است قطع نمی‌شود اما برخی از فقهای حنفیه گفته‌اند بخاطر اختلاف علما در این باره دستش قطع نمی‌گردد.^۱

۳- در مذهب حنفیه «شاذروان» جزو کعبه بشمار نمی‌آید اما بهتر آن است که شخص در هنگام طواف از پشت آن طواف کند تا خلاف در این باره مراعات شده باشد.^۲

۴- اگر کسی بدون حضور ولی زن ازدواج کند و قبل از تجویز عقد توسط حاکم یا ولی، آن زن را سه طلاق بدهد آن طلاق به منزله عدم قبول ازدواج بشمار می‌آید. این قول محمد است اما از نظر ابوحنیفه و ابویوسف سه طلاق مذکور، صحیح می‌باشند و زن برای مرد حلال نیست مگر آنکه آن زن با مرد دیگری شوهر کند اما از نظر محمد طلاق واقع نشده بلکه طلاق مذکور بمنزله رد نکاح است اما با این حال، مکروه است که آن مرد با زن قبل از ازدواج مجدد با مرد دیگری ازدواج کند. علت این کراهت، مراعات اختلاف علما و شبهه دار بودن اخبار مربوط به جواز نکاح بدون ولی است.

۵- در مذهب حنفیه در مورد شرط بودن نیت برای هر دو رکعت نماز تراویح دو قول وجود دارد. قول اول، آن شرط است و طبق قول دوم، شرط نیست و بنا به ظاهر قول صحیح همان اول است زیرا شخص با سلام کردن حقیقاً از نماز خارج می‌گردد و بنابراین برای دخول در نماز نیت ضروری میباشد. این قول بخاطر خروج از خلاف، احوط است.^۳

۶- در مذهب حنفیه، اولی و بهتر در شستن لباس نجس این است که بدون آب در طشت قرار داده و سپس آب بر آن ریخته شود نه اینکه آب در طشت ریخته و سپس لباس در آن قرار داده شود. مبنای اولی بودن این حکم خروج از خلاف است.^۴

^۱ - السمرقندی، تحفه الفقهاء، ج ۳، ص ۱۵۴

^۲ - ابن عابدین، حاشیه رد المحتار، ج ۵، ص ۱۵

^۳ - ابن عابدین، حاشیه رد المحتار، ج ۲، ص ۴۶

^۴ - ابن نجیم، البحر الرائق، ج ۱، ص ۲۸۶

- ۷- در مذهب حنفیه در انجام حج به نیابت بهتر این است که نایب، زن یا برده یا صروره نباشد بخاطر مراعات خلاف شافعیه که معتقدند حج افراد مذکور به نیابت از دیگری جایز نیست.^۱
- ۸- در مذهب حنفیه اگر کسی گاوی بمنظور قربانی بخرد و سپس شش نفر دیگری با او شریک شوند آن استحساناً جایز است اما طبق قیاس جایز نمی‌باشد. این رای زفر است. زیرا آن گاو بمنظور قربت خریده و بنابراین از فروش آن بمنظور تحصیل سود و منفعت منع می‌گردد چه اشتراک مذکور، همین معنا و صفت را دارا می‌باشد. اما وجه اسحسان این است که چه بسا او گاو چاق و چله‌ای بیابد و در هنگام خرید شریکی پیدا نکند بلکه پس از خرید به جستجوی شریک پردازد که این عمل به جهت نیاز ضروری و بخاطر دفع حرج جایز است زیرا خرید به منظور قربانی، مانع بیع نمی‌گردد اما بهتر آن است که شخص عمل شراکت را قبل از خرید انجام دهد تا بدین ترتیب از رجوع در قربت بدور و همچنین از خلاف خارج شده باشد.^۲
- ۹- اگر روزه دار آب بینی در حال چکیدن را استنشاق کند یا ببلعد روزه‌اش شکسته نمیشود اما در اینگونه موارد احتیاط بهتر است بدلیل آنکه مراعات خلاف، مندوب است.^۳
- ۱۰- در مذهب حنفیه ارتداد کودک عاقل همچون اسلام آوردنش صحیح است اما در صورت ارتداد کشته نمی‌شود بلکه به برگشتن به اسلام وادار می‌گردد و بدلیل مراعات خلاف علما در مورد صحت اسلام او، کشته نمی‌شود. همچنین اگر کسی در کودکی اسلام بیاورد و در هنگام بلوغ مرتد شود بخاطر شبهه اختلاف علما استحساناً کشته نمی‌شود.^۴

۱- ابن عابدین، حاشیه رد المحتار، ج ۲، ص ۶۶۳

۲- المرغینانی، الهدایه، ج ۴، ص ۵۳

۳- ابن عابدین؛ حاشیه رد المحتار، ج ۱، ص ۴۳۹-۴۴۰

۴- ابن نعیم، البحر الرائق، ج ۵، ص ۲۲۲-۲۲۳

علاوه بر این شواهد فقهی برای اطلاع بیشتر به مراجع زیر نگاه شود.^۱
مذهب حنبلی:

۱- برای امام جماعت مستحب است که هرگاه بیمار شود و از ایستادن در نماز ناتوان گردد برای خود جانشین تعیین کند زیرا فقها درباره صحت چنین امامی اختلاف کرده‌اند و او با تعیین جانشین از اختلاف علما خارج می‌شود و دیگر آنکه نماز ایستاده، کامل‌تر است و مستحب است که امام نمازش کامل باشد.^۲

۲- طلب شفعه توسط شفیع فوراً لازم است یعنی به محض آگاه شدن از فروش، شفیع باید در مورد طلب شفعه، شاهد بگیرد. البته مادامی که او عذری در تاخیر از طلب شفعه نداشته باشد. بر این اساس هرگاه درباره طلب شفعه، گواه گرفته باشد او می‌تواند علیه مشتری اقامه دعوا کند حتی اگر چند روز یا چند سال، گذشته باشد. دیگر آنکه حضور مشتری در هنگام مطالبه شرط نیست اما اگر مشتری در شهر حاضر بوده اما در مجلس مطالبه حضور نداشته باشد بهتر و اولی این است که شفیع در مورد طلب شفعه بخاطر خروج از خلاف، شاهد بگیرد. همچنین، اولی این است که خود شفیع یا وکیلش به طلب شفعه از مشتری مبادرت کنند. مبنای اولی بودن این فتوا، خروج از خلاف علما است.

۳- اگر کسی حیوانی برای قربانی در نظر بگیرد و آن حیوان نوزادی بدنیا آورد شخص نمی‌تواند از شیر آن حیوان بخورد مگر آنکه از تغذیه نوزاد چیزی باقی بماند اما اگر چیزی باقی نماند یا اینکه دوشیدن موجب الحاق ضرر به حیوان شود در این حالت حق دوشیدن و استفاده کردن از شیر آن حیوان را ندارد و گرنه حق انتفاع از آن شیر را دارد اما بهتر آن است که شیر مذکور را بخاطر خروج از خلاف، صدقه بدهد.^۳

۱- السرخسی، المبسوط، ج ۱، ص ۱۶، ج ۲، ص ۸۷، ج ۵، ص ۲۴، ج ۲۰، ص ۱۷۲، ج ۳۰، ص ۱۷۹؛ ابن عابدین، حاشیه ردالمحتار، ج ۱، ص ۱۰۴۴، ۱۰۴۸، ۱۰۵۹، ۵۴۵، ج ۲، ص ۶۳۳، ۴۴۰، ۴۹۱، ۴۶۰، ۱۰۵.

۲- ابن قدامه، المغنی، ج ۲، ص ۲۷.

۳- ابن قدامه، الشرح الکبیر، ج ۳، ص ۵۶۵-۵۶۶؛ البهوتی، کشف القناع، ج ۳، ص ۱۱.

۴- در مذهب حنبلی شرط نیست که خطبه‌های جمعه توسط شخص امامت کننده نماز خوانده شود زیرا خطبه جدا از نماز است. همچنین شرط نیست که هر دو خطبه بوسیله یک نفر خوانده شوند زیرا خطبه‌ها جدا از یکدیگر هستند اما با این حال، خواندن دو خطبه توسط یک نفر بخاطر خروج از خلاف مستحب است.^۱

۵- گذاشتن اعضای سجود بدون پوشش و مانع در محل سجود واجب نیست. قاضی می‌گوید: اگر نمازگذار بر دور عمامه‌اش یا آستین خود سجده کند نمازش صحیح است. مذهب مالک و ابوحنیفه هم همین است. ابو خطاب گفته است: قراردادن اعضای سجود بدون مانع و پوشش در محل سجود واجب نیست مگر پیشانی که در مورد آن دو روایت وجود دارد. اثرم از امام احمد روایت کرده که گفته است: بر دور عمامه نمی‌توان سجده کرد بلکه باید عمامه را به عقب کشاند که این گفتار احمد محتمل منع از سجود کردن بر دور عمامه می‌باشد و با مذهب شافعی موافق است. اما مستحب آن است که نمازگذار بدون مانع و حائل بر پیشانی و روی دستانش سجده کند تا بدین ترتیب از خلاف خارج شده و به عزیمت عمل کرده باشد.^۲

۶- در مذهب حنبلی «رمی جمرات» بوسیله سنگ نجس مجزی اما مکروه است. علت کراهت مراعات اختلاف علما است و بنابراین اگر از نجس بودن سنگ‌ها، مطلع باشد مستحب است که بخاطر خروج از خلاف آنها را بشوید.^۳

۷- کسانی که جمعه بر آنها واجب نیست مانند برده، زن، مسافر و بیمار می‌توانند نماز ظهر خود را قبل از اینکه امام نماز جمعه را شروع می‌کند بخوانند. این رای اکثریت فقها است. اما ابوبکر بن عبدالعزیز گفته است که نمازشان قبل از نماز امام صحیح نیست زیرا آنان از استمرار عذرشان مطمئن

^۱ - ابن قدامه، المغنی، ج ۲، ص ۳۶

^۲ - ابن قدامه، المغنی، ج ۱، ص ۳۰۵

^۳ - البهوتی، کشف القناع، ج ۲، ص ۵۸۰

نمی‌باشند. و بنابه قول مشهور، بهتر آن است که این افراد مادام که امام نماز جمعه را نخوانده است نماز ظهر را نخوانند تا بدین ترتیب از خلاف خارج شوند.^۱

۸- شهادت یک زن عادل در مسائلی که مردان از آن اطلاع و آگاهی ندارند مانند عیوب پنهان زنان، بکارت، بیوه‌گی، عادت ماهیانه، ولادت، رضاع و استهلال و... کفایت می‌کند اما شهادت دو زن بخاطر خروج از خلاف، احوط است.^۲

۹- غسل کردن مرده توسط شخص بیگانه بخاطر خروج از خلاف بهتر از غسل دادن او توسط زوجه است و غسل دادن زوجه توسط زن بیگانه بهتر از غسل دادن او توسط زوج است بخاطر خروج از خلاف آن عده از فقها که غسل دادن زوجه توسط زوج را جایز نمی‌دانند.^۳

۱۰- در مذهب حنبلی، اعتکاف در هر مسجدی جایز و روا است اما بهتر آن است که در مسجد جامع اعتکاف انجام شود. مبنای این فتوا مراعات خلاف است و دیگر آنکه، اعتکاف کننده در مسجد جامع نیازی به بیرون رفتن از آن برای مشارکت در نماز جمعه پیدا نمی‌کند.^۴

افزون بر این شواهد فقهی مبتنی بر مراعات خلاف بمنظور آگاهی بیشتر به منابع زیر نگاه شود.^۵

^۱- ابن قدامه، الشرح الکبیر، ج ۲، ۱۵۹-۱۶۰

^۲- البهوتی، کشف القناع، ج ۶، ص ۵۵۲

^۳- البهوتی، کشف القناع، ج ۲، ص ۱۰۳

^۴- ابن قدامه، الشرح الکبیر، ج ۳، ص ۱۲۷

^۵- ابن قدامه، الشرح الکبیر، ج ۳، ص ۱۸۵، ۱۲۷، ۱۱۲، ج ۲، ص ۳۵۲، ۱۶۷، ۱۶۰، ۱۵۹، ۲۲، البهوتی، کشف القناع، ج ۱، ص ۲۷۶، ۲۵۲، ۳۸۷، ۱۷۷، ۷۷، ج ۲، ص ۴۳، ۳۰۶، ۳۳۱، ۳۷۲، ۴۴۷، ۴۵۲، ۵۸۰، ۵۸۶، ۱۰۳، ۵۵۲، ۳۶، ۵، ج ۵، ص ۵۱۴، ۴۵۰

فهرست منابع

۱- القرآن الکریم.

- ۲- آل تیمیه، عبدالسلام بن تیمیه، عبدالحلیم بن تیمیه، احمد بن عبد الحلیم بن تیمیه، المسوده فی اصول الفقه، تحقیق: احمد بن ابراهیم الذروی، دار ابن حزم، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۲۲هـ.
- ۳- الآمدی، سیف الدین ابوالحسن بن علی بن محمود، الاحکام فی اصول الاحکام، تحقیق: ابراهیم العجوز، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الخامسة، ۱۴۲۶ هـ .
- ۴- ابن ابی الدم، شهاب الدین ابراهیم بن عبدالله، ادب القضاء ، تحقیق: محیی هلال السرحان، مطبعة الارشاد، بغداد، الطبعة الاولى، ۱۴۰۴ هـ.
- ۵- ابن ابی الدنيا، ابوبکر عبدالله بن عیید، الورع، تحقیق: محمد بن حمد الحمود، الدار السلفیه، الكويت، الطبعة الاولى، ۱۴۰۸ هـ
- ۶- ابن الاثیر، مجدالدین المبارک بن احمد الجزری، النهایه فی غریب الحدیث، تحقیق: طاهر احمد الزاوی، محمود احمد الطناحی، موسسه اسماعیلیان، قم، چاپ چهارم، ۱۳۶۴ ش .
- ۷- ابن انس، مالک، الموطأ، تحقیق: محمد فواد عبدالباقی، داراحیاء التراث العربی، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۰۶ هـ.
- ۸- ابن البناءالحسن، المختار من اصول السنه، تحقیق: احمد فزید المزیدي، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۲۷ هـ
- ۹- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم، مجموع الفتاوی، تحقیق: عامر الجزار، انورالباز، دارالوفاء، مصر، الطبعة الاولى، ۱۴۸۱ هـ.

- ۱۰- همو، صحه اصول مذهب اهل المدینه، تحقیق: احمد حجازی السقا، مکتبه الثقافه الدینیه، مصر، الطبعة الاولى، ۱۹۹۸ م.
- ۱۱- ابن جزی، ابوالقاسم محمد بن احمد الکلبی، القوانين الفقهیه، دارالقلم، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۹۷۷ م.
- ۱۲- همو، تقریب الوصول الی علم الاصول، تحقیق: محمد علی فرکوس، دارالاقصى، الطبعة الاولى، ۱۴۱۰ هـ.
- ۱۳- ابن الجوزی، عبدالرحمن بن محمد، مناقب الامام احمد بن حنبل، تحقیق: محمد امین الخانجی، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الاولى، بی تا.
- ۱۴- ابن الحاجب، ابی عمر عثمان بن الحاجب، مختصر المنتهی الاصولی، مطبعة کردستان العلمیه، قاهره، ۱۳۲۶ هـ.
- ۱۵- ابن حبان، ابوحاتم محمد بن حبان، صحیح ابن حبان، تحقیق: احمد محمد شاکر، دارالمعارف، مصر، بی تا.
- ۱۶- ابن حجر، شهاب الدین، احمد بن علی العسقلانی، فتح الباری بشرح صحیح البخاری، تحقیق: عبدالعزیز بن باز، محمد فواد عبدالباقی، محب الدین الخطیب، بی تا.
- ۱۷- ابن حزم، ابومحمد علی بن حزم، الاحکام فی اصول الاحکام، تحقیق: محمد محمد تامر، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۲۴ هـ.
- ۱۸- ابن حنبل، احمد، المسند، دارالصادر، بیروت، بی تا.
- ۱۹- ابن خلدون، عبدالرحمن بن محمد، مقدمه ابن خلدون، موسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، بی تا.
- ۲۰- ابن دقیق العید، تقی الدین ابن دقیق العید، احکام الاحکام شرح عمده الاحکام، تحقیق: احمد محمد شاکر، عالم الکتب، بیروت، الطبعة الثانيه، ۱۴۰۷ هـ.

- ۲۱- ابن رجب، ابوالفرج عبدالرحمن البغدادی، القواعد فی الفقه، تحقیق: ایاد بن عبداللطیف بن ابراهیم، بیت الافکار الدولیه، بیروت. ۲۰۰۴م.
- ۲۲- همو، جامع العلوم و الحكم، دارالجیل، بیروت، ۱۴۰۷ هـ.
- ۲۳- ابن رشد، ابوالولید محمد بن احمد، بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، دارالکتب العلمیه، الطبعة العاشره، ۱۹۹۸ م.
- ۲۴- همو، البیان و التحصیل، تحقیق: محمد حجی، دارالغرب الاسلامی، بیروت، الطبعة الثانیه، ۱۴۰۸ هـ.
- ۲۵- همو، المقدمات الممهدات، مطبعة السعاده، مصر، الطبعة الاولى. بی تا.
- ۲۶- ابن سعد، محمد بن سعد بن منیع، الطبقات الکبری، دارالصادر، بیروت، ۱۴۰۵ هـ.
- ۲۷- ابن الشاط، ادراار الشروق علی انواء الفروق، المکتبه العصریه، بیروت، ۱۴۰۵ هـ.
- ۲۸- ابن عابدين، محمدا مین الشهیر با بن عابدين، حاشیه رد المحتار، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۵ هـ.
- ۲۹- ابن عبدالبر، یوسف بن عبدالبر النمری القرطبی، الانتقاء فی فضائل الثلاثه الائمه الفقهاء، مکتبه القدسی، القاهرة، ۱۳۵۰ هـ.
- ۳۰- همو، جامع بیان العلم و فضله، دارالکتب العلمیه، بیروت. بی تا.
- ۳۱- ابن عبدالسلام، عزالدین بن عبدالسلام، قواعد الاحکام فی مصالح الانام، تحقیق: نزیه کمال حماد، عثمان جمعه، دارالقلم، دمشق، الطبعة الاولى، ۱۴۲۱ هـ.
- ۳۲- ابن عبدالهادی، نورالدین بن عبدالهادی، حاشیه السندی علی النسائی، تحقیق: عبدالفتاح دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الثانیه، ۱۴۰۶ هـ.
- ۳۳- ابن العربی، القاضی ابوبکر محمد بن عبدالله، العواصم من القواصم، تحقیق: محب الدین الخطیب، المکتبه العلمیه، بیروت، ۱۴۰۶ هـ.
- ۳۴- همو، احکام القرآن، تحقیق: علی محمد البجاوی، داراحیاء التراث العربی، بیروت. بی تا.

- ۳۵- ابن فرحون، ابراهیم بن علی بن ابی القاسم ابن محمد، تبصره الحکام فی اصول الاقضیه و مناهج الاحکام، تحقیق: طه عبدالرووف سعد، مکتبه الکلیات الازهریه، قاهره، الطبعة الاولى، ۱۴۰۶ هـ.
- ۳۶- ابن فرحون، ابراهیم بن علی بن فرحون، کشف النقاب الحاجب، تحقیق: حمزه ابوفارس، عبدالسلام الشریف، دارالغرب الاسلامی، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۹۹۰ م.
- ۳۷- ابن قتیبه، عبدالله بن مسلم، تاویل مختلف الحديث، تحقیق: سعید محمد اللحام، دارالهلل، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۰۹ هـ.
- ۳۸- ابن قدامه، شمس الدین عبدالرحمن بن عمر بن احمد بن قدامه المقدسی، الشرح الكبير علی متن المقنع، دارالکتاب العربی، بیروت. بی تا.
- ۳۹- همو، المغنی، دارالفکر، دمشق، الطبعة الاولى. بی تا.
- ۴۰- همو، الکافی فی فقه الامام احمد، تحقیق: سعید محمد اللحام، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۲ هـ.
- ۴۱- همو، روضه الناظر و جنة المناظر، تحقیق: محمد بن ریاض الاحمد، المکتبه العصریه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۲۷ هـ.
- ۴۲- ابن القیم، شمس الدین ابو عبدالله محمد بن ابی بکر، زاد المعاد فی هدی خیرالعباد، تحقیق: شعيب الارنؤوط، عبدالقادر الارنؤوط، موسسه الرساله، بیروت، الطبعة الخامسة والعشرون، ۱۴۱۲ هـ.
- ۴۳- ابن القیم، همو، اعلام الموقعین عن رب العالمین، تحقیق: محمد عبدالسلام ابراهیم، دارالکتب العلمیه، بیروت الطبعة الاولى، ۱۴۱۱ هـ.
- ۴۴- ابن کثیر، ابوالفداء الحافظ اسماعیل بن کثیر الدمشقی، البدايه و النهايه، تحقیق: احمد بوملحم، علی نجیب عطوی، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الثانية، ۱۴۰۷ هـ.
- ۴۵- همو، الفصول فی سیره الرسول، تحقیق: محمد العیدالخطراوی، محی الدین مستو، موسسه علوم القران، دمشق، الطبعة الاولى، ۱۴۰۰ هـ.

- ٤٦- ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فواد عبدالباقى، دارالفكر، بيروت. بى تا.
- ٤٧- ابن مفلح، شمس الدين محمد بن مفلح المقدسى، الاداب الشرعيه و المنع المرعيه، موسسه قرطبه. بى تا.
- ٤٨- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، نشر ادب الحوزه، قم، چاپ اول، ١٤٠٥ هـ.
- ٤٩- ابن النجار، محمد بن احمد بن عبدالعزيز بن على الفتوحى، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي، نزيه الحماد، مكتبه العيكان، الرياض، ١٤١٨ هـ.
- ٥٠- ابن نجيم، محمد بن على الطورى، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، دارالكتب العلميه، بيروت، الطبعة الاولى، ١٤١٨ هـ.
- ٥١- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم المعروف بابن نجيم، الاشباه و النظائر، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دارالفكر، دمشق، الطبعة الرابعه، ١٤٢٦ هـ.
- ٥٢- ابن الوكيل، محمد بن مكى بن عبدالصمد المعروف بصدرالدين ابن الوكيل، الاشباه و النظائر فى فقه الشافعيه، تحقيق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل، دارالكتب العلميه، بيروت، الطبعة الاولى، ١٤٢٣ هـ.
- ٥٣- ابن هشام، عبدالملك بن هشام بن ايوب، السيره النبويه، تحقيق: مصطفى السقا، ابراهيم الايبارى، دار ابن كثير، بى تا.
- ٥٤- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسى، شرح فتح القدير، دارالفكر، بيروت، الطبعة الثانيه، بى تا.
- ٥٥- ابوداود، سليمان بن الاشعث السجستاني الازدى، سنن ابوداود، دارالجيل، بيروت، ١٤٠٨ هـ.
- ٥٦- ابوزهره، محمد، تاريخ الجدل، دارالفكر العربى، بيروت، الطبعة الاولى، ١٩٣٤ م.

- ۵۷- همو، تاریخ المذاهب الاسلامیه، دارالفکر العربی، بیروت. بی تا.
- ۵۸- همو، الامام مالک، دارالفکر العربی، بیروت. بی تا.
- ۵۹- ابوزید، بکر بن عبدالله، الردود، دارالعاصمه، الرياض، الطبعة الاولى، ۱۴۱۴هـ.
- ۶۰- همو، المدخل المفصل الى فقه الامام احمد بن حنبل، دارالعاصمه، الرياض، الطبعة الاولى، ۱۴۱۷هـ.
- ۶۱- ابو نعیم، احمد بن عبدالله، الاصفهانی، حلیه الاولیاء و طبقات الاصفیاء، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۰۹هـ.
- ۶۲- ابوالنور، محمد زهیر، اصول الفقه، المکتبه الازهریه للتراث، القاهرة، ۲۰۰۴ م.
- ۶۳- الاسنوی، جمال الدین عبدالرحیم بن الحسن، المتهد فی تخریج الفروع علی الاصول، تحقیق: محمد حسن اسماعیل، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۲۵هـ.
- ۶۴- الالبانی، محمد ناصر الدین، ارواء الغلیل فی تخریج احادیث منار السیل، تحقیق: زهیر الشاویش، المکتب الاسلامی، بیروت، الطبعة الثانية، ۱۴۰۵هـ.
- ۶۵- الانصاری، زکریا بن محمد بن احمد بن زکریا، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دارالکتب العمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸هـ.
- ۶۶- امیربادشاه، محمد امین المعروف بامیربادشاه، تیسیر التحریر، مصطفى البابی الحلبي، مصر، ۱۳۵۰هـ.
- ۶۷- الباجی، ابوالولید الباجی، احکام الفصول فی احکام الاصول، تحقیق: عبدالحمید التركي، دارالغرب الاسلامی، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۰۷هـ.
- ۶۸- البخاری، محمد بن اسماعیل البخاری، صحیح البخاری، دارالفکر، بیروت، ۱۴۰۱هـ.
- ۶۹- همو، الادب المفرد، تحقیق: محمد فواد عبدالباقی، موسسه الکتب الثقافیه، الطبعة الثالثة، ۱۴۰۹هـ.

- ۷۰- بدران، ابوالعینین بدران، تاریخ الفقه الاسلامی، دارالنهضة العربیه، بیروت. بی تا.
- ۷۱- البدرالعینی، بدرالدین محمود بن احمد المعروف بالبدر العینی، عمده القاری شرح صحیح البخاری، دارالفکر، بیروت. بی تا.
- ۷۲- برهامی، یاسر حسین، فقه الخلاف بین المسلمین، دارالعقیده، القاهرة، ۲۰۰۰ م.
- ۷۳- البطلیوسی، عبدالله بن محمد بن السیدالبطلیوسی، الانصاف فی التنبیہ علی المعانی و الاسباب التي اوجبت الاختلاف بین السلمین فی آرائهم، تحقیق: محمد رضوان الدایه، دارالفکر، دمشق، الطبعة الثالثة، ۱۴۲۴ هـ.
- ۷۴- البغدادی، عبدالقاهر بن طاهر بن محمد، الفرق بین الفرق، تحقیق: محمد یحیی الدین عبدالحمید، دارالمعرفه، بیروت. بی تا.
- ۷۵- بلتاجی، محمد، مناهج التشريع الاسلامی، دارالسلام، القاهرة، الطبعة الاولى، ۱۴۲۵ هـ.
- ۷۶- بلکا، الیاس، الاحتیاط، موسسه الرساله ناشرون، الطبعة الاولى، ۱۴۲۴ هـ.
- ۷۷- البهوتی، منصور بن یونس، كشف القناع، تحقیق: محمد حسن محمد حسن اسماعیل، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ هـ.
- ۷۸- البیهقی، ابوبکر احمد بن الحسین بن علی، السنن الکبری، دارالمرفه، بیروت. بی تا.
- ۷۹- همو، مناقب الشافعی، تحقیق: السید احمد صقر، مکتبه دارالتراث، قاهره. بی تا.
- ۸۰- التاودی، ابو عبدالله محمد التاودی، حلی المعصم لفکر ابن عاصم حاشیه البهجه فی شرح التحفه، دارالرشاد الحدیثه، الدارالبیضاء، ۱۴۲۱ هـ.
- ۸۱- الترمذی، محمد بن عیسی بن سوره، الجامع الصحیح و هو سنن الترمذی، دارالفکر، بیروت، ۱۴۰۸ هـ.
- ۸۲- التسولی، ابوالحسن علی بن عبدالسلام التسولی، البهجه فی شرح التحفه، دارالرشاد الحدیثه، الدارالبیضاء، ۱۴۱۲ هـ.

- ۸۳- الجرجانی، علی بن محمد بن علی، التعريفات، تحقيق: عبدالرحمن عميره، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الاولى، ۱۴۰۷ هـ
- ۸۴- الجصاص، ابوبکر احمد بن علی الرازی، احکام القرآن، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۵ هـ
- ۸۵- الجندی، عبدالحلیم، الامام الصادق، تحقيق: احمد جاسم المالکی، المجمع العالمي للتقريب، الطبعة الاولى، ۱۴۲۴ هـ
- ۸۶- الجوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربيه، تحقيق: احمد عبدالغفور عطار، دارالعلم للملایین، بیروت، الطبعة الرابعة، ۱۴۰۷ هـ
- ۸۷- الجونی، امام الحرمین، عبدالملک بن عبدالله، الکافی فی الجدل، تحقيق: فوّه حسین محمود، مکتبه الکلیات الازهریه، القاہرہ، ۱۳۹۹ هـ
- ۸۸- الحاجی خلیفه، مصطفی بن عبدالله، کشف الظنون علی اسامی الکتب و الفنون، داراحیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- ۸۹- الحجوی، محمد بن حسن، الفکر السامی، تحقيق: هيثم خليفه، المکتبه العصریه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۲۷ هـ
- ۹۰- حسن، خالد رمضان، معجم اصول الفقه، دارالروضة، القاہرہ، الطبعة الاولى، ۱۹۹۸ م.
- ۹۱- الحصری، احمد محمد، اختلاف الفقهاء و القضايا المتعلقة به فی الفقه الاسلامی، مکتبه الکلیات الازهریه، القاہرہ، ۱۴۰۹ هـ
- ۹۲- الخصکفی، محمد علاء الدین بن علی، الدر المختار، دارالفکر، بیروت، بی تا.
- ۹۳- الحطاب، محمد بن عبدالرحمن المعروف بالحطاب الرعینی، مواهب الجلیل شرح مختصر خلیل، تحقيق: زکریا عمیرات، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۶ هـ
- ۹۴- الحیالی، رعد کامل، ادب الاختلاف فی الاسلام، دارالبشیر، الطبعة الاولى، ۱۴۲۵ هـ

- ۹۵- الخرشى، محمد بن عبدالله، الخرشى على مختصر سيدى خليل و بهامشه حاشيه العدوى، دارالكتاب الاسلامى، القايره، بى تا.
- ۹۶- الخضرى، محمد الخضرى بك، تاريخ التشريع الاسلامى، دارالكتب العلميه، بيروت، الطبعة الاولى، ۱۴۰۸ هـ.
- ۹۷- الخطيب، ابوبكر احمد بن على البغدادى، تاريخ بغداد، دارالكتب العلميه، بيروت. بى تا.
- ۹۸- همو، الفقيه و المتفقه، تحقيق: عادل بن يوسف الغرازى، دارابن الجوزى، الرياض، الطبعة الاولى، ۱۴۱۷ هـ.
- ۹۹- الدارقطنى، الحافظ على بن عمر، سنن الدر قطنى و بذيله التعليق المغنى على الدر قطنى، تحقيق: شعيب الارئووط، حسن عبدالمنعم شلبى، سعيد اللحام، موسسه الرساله، بيروت، الطبعة الاولى، ۱۴۲۴ هـ.
- ۱۰۰- الدارمى، عبدالله بن بهرام الدرامى، سنن الدرامى، مطبعة الاعتدال، دمشق. بى تا.
- ۱۰۱- الدبوسى، ابوزيد عبيدالله بن عمر، تقويم الادله فى اصول الفقه، تحقيق: عدنان العلى، المكتبة العصريه، بيروت، الطبعة الاولى، ۱۴۲۶ هـ.
- ۱۰۲- الدردير، ابوالبركات سيدى احمد الدردير، الشرح الكبير، داراحياء الكتب العربيه، بيروت. بى تا.
- ۱۰۳- الدسوقي، شمس الدين محمد عرفه، حاشيه الدسوقي على الشرح الكبير، داراحياء، الكتب العربيه، بيروت، بى تا.
- ۱۰۴- الدمياطى، ابوبكر السيد البكرى ابن السيد الدمياطى، اعانه الطالبين، دارالفكر، بيروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ هـ.
- ۱۰۵- الدهلوى، ولى الله، حجه الله البالغه، تحقيق: محمد سالم هاشم، دارالكتب العلميه، بيروت، الطبعة الثانيه، ۱۴۲۶ هـ.

- ۱۰۶- همو، الإنصاف فی بیان اسباب الاختلاف، دارالنفائس، الطبعة الثانية، ۱۴۰۴هـ.
- ۱۰۷- الرازی، عبدالرحمن بن ابی حاتم، آداب الشافعی و مناقبه، تحقیق: عبدالغنی عبدالخالق، مطبعة السعادة، مصر، ۱۳۷۳هـ.
- ۱۰۸- الرازی، محمد بن ابی بکر بن عبدالقادر، مختار الصحاح، تحقیق: احمد شمس الدين، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۵هـ.
- ۱۰۹- الرازی، فخرالدین محمد بن عمر، المحصول فی علم اصول الفقه، تحقیق: طه جابر العلوانی، موسسه الرساله، الطبعة الثانية، ۱۴۱۲هـ.
- ۱۱۰- الرافعی، ابوالقاسم عبدالکریم بن محمد، فتح العزیز شرح الوجیز، دارالفکر، بیروت. بی تا.
- ۱۱۱- الرحمونی، محمد شریف، الرخص الفقهیه من القرآن والسنة النبویه، موسسه عبدالکریم بن عبدالله، تونس، الطبعة الاولى، بی تا.
- ۱۱۲- الرصاع، ابو عبدالله محمد الانصاری، شرح حدود ابن عرفه، تحقیق: محمد ابوالاجفان، الطاهر المعموری، دار الغرب الاسلامی، بیروت، الطبعة الاولى ۱۹۹۳م.
- ۱۱۳- الروکی، محمد، قواعد الفقه الاسلامی من خلال کتاب الاشراف علی مسائل الخلاف، دارالقلم، دمشق، الطبعة الاولى، ۱۴۱۹هـ.
- ۱۱۴- الرهونی، محمد بن احمد بن محمد یوسف الرهونی، حاشیه الامام الرهونی علی شرح الزرقانی، دارالفکر، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۳۹۸هـ.
- ۱۱۵- الریسونی احمد، باروت محمد جمال، گفتگوهای برای عصر جدید: الاجتهاد (النص، الواقع، المصلحه) ترجمه: محمد محق، انتشارات استان قدس رضوی، مشهد، چاپ اول، ۱۳۸۵ ش.
- ۱۱۶- الزحیلی، وهبه، اصول الفقه الاسلامی، دار احسان، طهران، الطبعة الاولى، ۱۳۷۵ ش.
- ۱۱۷- همو، اصول الفقه الاسلامی، دار احسان، طهران، الطبعة الاولى، ۱۳۷۵ ش.

- ۱۱۸- الزحلی، محمد، القواعد الفقهیه و تطبیقاتها فی المذاهب الاربعه، دارالفکر، دمشق، الطبعه الاولى، ۱۴۲۷ هـ.
- ۱۱۹- همو، تعریف عام بالعلوم الشرعیه، دارطلاس، دمشق، الطبعه الثالثه، ۱۹۹۷.
- ۱۲۰- الزییدی، محب الدین السید محمد مرتضی الحسینی، تاج العروس، مکتبه الحیاه، بیروت، بی تا.
- ۱۲۱- الزییدی، شهاب الدین بن احمد، مختصر صحیح البخاری (التجرید الصریح)، دار ابن کثیر، الطبعه الثانيه، ۱۴۱۹ هـ.
- ۱۲۲- الزرقاء، احمد بن الشیخ محمد، شرح القواعد الفقهیه، دارالقلم، دمشق، الطبعه الثانيه، ۱۴۲۲ هـ.
- ۱۲۳- الزرکشی، بدرالدین محمد بن بهادر، البحر المحیط، تحریر: عبدالستار ابوغده، دارالصفوه، الکویت، الطبعه الثانيه، ۱۴۱۳ هـ.
- ۱۲۴- همو، المنشور فی القواعد، تحقیق: تیسیر فائق احمد، دار الکویت، الطبعه الثانيه، ۱۴۰۵ هـ.
- ۱۲۵- الزلمی، مصطفی ابراهیم، خاستگاههای اختلاف در فقه مذاهب، ترجمه: حسین صابری، انتشارات آستان قدس رضوی، چاپ اول، ۱۳۷۵.
- ۱۲۶- زید، مصطفی، المصلحه فی التشريع الاسلامی، تحقیق: محمد یسری، دارالبسر، قاهره، الطبعه الثانيه، ۱۴۲۷ هـ.
- ۱۲۷- الزلمی، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، دارالمعرفه، بیروت، الطبع الثانيه، بی تا.
- ۱۲۸- السایس، محمدعلی، تاریخ الفقه الاسلامی، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعه الرابعه، ۱۴۲۷ هـ.
- ۱۲۹- السبزواری، علی بن محمد بن محمد، جامع الخلاف و الوفاق بین الامامیه و بین ائمه الحجاز و العراق، تحقیق: حسین الحسنی البیرجندی، انتشارات زمینه سازان ظهور امام عصر، قم، چاپ اول، ۱۳۷۹ ش.

- ۱۳۰- السبکی، علی بن عبد الکافی، تاج الدین عبد الوهاب بن علی، الابهاج فی شرح المنهاج، تحقیق: محمود امین السید، دار الکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۲۴ هـ.
- ۱۳۱- السبکی، تاج الدین عبد الوهاب بن علی، الاشباه و النظائر، تحقیق: عادل عبد الموجد و علی عوض، دار الکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۹۹۱ م.
- ۱۳۲- همو، جمع الجوامع، دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۳۶۹ هـ.
- ۱۳۳- همو، طبقات الشافعیه الکبری، تحقیق: عبد الفتاح محمد الحلو، محود محمد الطناجی، مطبعة عیسی البابي الحلبي و شرکاوه، الطبعة الاولى، ۱۳۸۳ هـ.
- ۱۳۴- سحنون، بن سعید التنوخی، المدونه الکبری و یلیها مقدمات ابن رشد، دار الکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۵ هـ.
- ۱۳۵- السرخسی، ابوبکر محمد بن احمد بن ابی سهل، المبسوط، دار المعرفه، بیروت، ۱۴۰۶ هـ.
- ۱۳۶- همو، اصول السرخسی، تحقیق: ابوالوفاء الافغانی، دار الکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الثانية، ۱۴۲۶ هـ.
- ۱۳۷- سعیدی، یحیی، مراعاة الخلاف فی المذهب المالکی، مکتبه الرشد ناشرون، الرياض، الطبعة الاولى، ۱۴۲۴ هـ.
- ۱۳۸- السمرقندی، علاء الدین محمد بن احمد، تحفه الفقهاء، دار الکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الثانية، ۱۴۱۴ هـ.
- ۱۳۹- السیوطی، جلال الدین عبد الرحمن بن ابی بکر، شرح سنن النسائی، دار احیاء التراث العربی، بیروت، الطبعة الثانية، ۱۴۰۶ هـ.
- ۱۴۰- همو، الدیباچ علی صحیح مسلم، تحقیق: ابواسحاق الجوینی الاثری، دارین عفان، الرياض، الطبعة الاولى، ۱۴۱۶ هـ.

- ١٤١- همو، الاشباه و النظائر، تحقيق: محمد حسن اسماعيل، دارالكتب العلميه، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢٦ هـ.
- ١٤٢- همو، الجامع الصغير في احاديث البشير النذير، دارالفكر، بيروت، الطبعة الاولى، ١٤٠١ هـ.
- ١٤٣- الشاطبي، ابواسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات في اصول الشريعة، تحقيق: عبدالله دراز، بيروت، بي تا.
- ١٤٤- همو، الاعتصام، دارالفكر، بيروت، ١٤٢٤ هـ.
- ١٤٥- الشافعي، محمد بن ادريس، الام، دارالفكر، بيروت، بي تا.
- ١٤٦- همو، المسند، دارالكتب العلميه، بيروت، بي تا.
- ١٤٧- همو، الرسالة، تحقيق: عبدالطيف الهميم، ماهر ياسين الفحل، دارالكتب العلميه، بيروت، الطبعة الاولى، ١٤٢٦ هـ.
- ١٤٨- الشرييني، محمد الخطيب، مغنى المحتاج الى معرفه الفاظ المنهاج، دارالفكر، بيروت، بي تا.
- ١٤٩- همو، الاقتناع في حل الفاظ ابي شجاع، دارالمعرفه، بيروت، بي تا.
- ١٥٠- الشرواني عبدالحميد، العبادي احمد بن قاسم، حواشي الشرواني و العبادي على تحفه المحتاج، داراحياء التراث العربى، بيروت، بي تا.
- ١٥١- الشعراني، عبدالوهاب بن احمد بن على الانصارى، الميزان، تحقيق: عبدالرحمن عميره، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الاولى، ١٤٠٩ هـ.
- ١٥٢- شلبى، محمد مصطفى، المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى و قواعده الملكيه و العقود فيه، دارالنهضة العربيه، بيروت ١٤٠٥ هـ.
- ١٥٣- الشنقيطى، محمد الامين بن محمد المختار الجكنى، اضواء البيان فى ايضاح القرآن بالقران، مكتبة ابن تيميه، القاهرة، ١٤٠٨ هـ.

- ۱۵۴- الشنقیطی، سیدی عبدالله بن ابراهیم العلوی، نشر النبوء علی مراقی السعوء، تحقیق: فادی نصیف، طارق یحیی، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الثانية، ۱۴۲۶ هـ.
- ۱۵۵- الشوکانی، محمد بن علی، نیل الاوطار شرح منتقى الاخبار، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۰ هـ.
- ۱۵۶- همو، ارشاد الفحول، تحقیق: مصطفی سعید الخن، محی الدین مستو، دارالکلم، الطیب، دمشق، الطبعة الاولى، ۱۴۲۷ هـ.
- ۱۵۷- همو، فتح القدير الجامع بین فن الروایه و الدرايه من علم التفسیر، عالم الکتب، بی تا.
- ۱۵۸- الصابونی، محمد علی مختصر تفسیر ابن کثیر، دارالفکر، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۷ هـ.
- ۱۵۹- الصاوی، صلاح، الثوابت و المتغیرات فی مسیره العمل الاسلامی المعاصر، اضواء البیان، الرياض، بی تا.
- ۱۶۰- العزء و دیگران، شرح مختصر المنتهى، تحقیق: محمد حسن اسماعیل، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة اولی، ۱۴۲۴ هـ.
- ۱۶۱- طاش کبری زاده، احمد بن مصطفی، مفتاح السعاده و مصباح السیاده فی موضوعات العلوم، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۰۵ هـ.
- ۱۶۲- الطباطبائی، سید علی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، موسسه آل البیت، قم، چاپ سنگی، ۱۴۰۴ هـ.
- ۱۶۳- الطبرانی، سلیمان بن احمد بن ایوب، المعجم الصغیر، تحقیق: محمد سلیم ابراهیم سماره، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۹ هـ.
- ۱۶۴- همو، المعجم الكبير، تحقیق: حمدی عبدالمجید السلفی، داراحیاء التراث العربی، الطبعة الثانية.
- ۱۶۵- همو، المعجم الاوسط، تحقیق: طارق بن عوض الله، عبدالحسن بن ابراهیم الحسینی، دارالحرمین، ۱۴۱۵ هـ.

- ١٦٦- الطبری، محمد بن جریر، تفسیر الطبری المسمى جامع البیان فی تاویل القرآن، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ١٤١٢ هـ.
- ١٦٧- الطحاوی، عبدالملک بن سلمه الازدی، شرح معانی الآثار، تحقیق: محمد زهری النجار، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ١٤١٦ هـ.
- ١٦٨- الطوسی، محمد بن حسن، عده الاصول، تحقیق: محمدرضا الانصاری، ستاره، قم، الطبعة الاولى، ١٤١٧ هـ.
- ١٦٩- العثماني، محمد بن عبدالرحمن، رحمه الامه فی اختلاف الاثمه حاشیه المیزان الکبری، مطبعة مصطفى البابي وابولاده، مصر، الطبعة الاولى. بی تا.
- ١٧٠- العجلونی، اسماعیل بن محمد الجراحی، کشف الخفا و مزیل الالباس، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٨ هـ.
- ١٧١- العسکری، ابوهلال الحسن بن عبد الله، معجم الفروق اللغویه، موسسه النشر الاسلامی، قم، الطبعة الاولى، ١٤١٢ هـ.
- ١٧٢- عشاق عبدالحمید، منهج الخلاف و النقد الفقهي عند الامام المازری، دارالبحوث و الدراسات الاسلامیه، دبی، الطبعة الاولى، ١٤٢٦ هـ.
- ١٧٣- العظیم آبادی، محمد شمس الحق، عون المعبود شرح سنن ابی داود، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ١٤١٥ هـ.
- ١٧٤- العلوانی، طه، جابر، ادب الاختلاف فی الاسلام، المعهد العالمی للفکر الاسلامی، الطبعة الثالثة، ١٤٠٧ هـ.
- ١٧٥- عوامه، محمد، ادب الاختلاف فی مسائل العلم والدين، داراليسر، المدينه المنوره، الطبعة الثالثة، ١٤٢٨ هـ.

- ۱۷۶- الغزالی، محمد بن محمد، معیار العلم فی المنطق، شرح: احمد شمس الدين، دارالكتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۰ هـ.
- ۱۷۷- همو، المستصفی من علم الاصول، تحقیق: نجوى ضو، داراحیاء التراث العربی، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ هـ.
- ۱۷۸- همو، احیاء علوم الدین، دارالمعرفه، بیروت، بی تا.
- ۱۷۹- همو، المنخول من تعلقیات الاصول، تحقیق: محمد حسن هتوی، دارالفکر المعاصر، بیروت، الطبعة الثانية، ۱۴۱۹ هـ.
- ۱۸۰- الغزنوی، سراج الدین ابو حفص عمر، الفرّه المنیفة فی تحقیق بعض مسائل الامام ابی حنفيه، مطبعة السعاده، مصر، الطبعة الاولى، ۱۳۷۰ هـ.
- ۱۸۱- الفادانی، محمد یاسین بن عیسی، الفوائد الجنية حاشیه المواهب السنيه شرح الفوائد البهیه فی نظم القواعد الفقهیه، بی تا.
- ۱۸۲- الفراهیدی، ابو عبدالرحمن الخلیل بن احمد، العین، تحقیق: عبدالله محمد بن احمد الحمود، الدار السلفیه، الكويت، الطبعة الاولى، ۱۴۰۸ هـ.
- ۱۸۳- الفیروز آبادی، مجدالدین محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، دارالعلم، بیروت، بی تا.
- ۱۸۴- القرافی، شهاب الدین احمد بن ادريس، الذخیره، تحقیق: محمد حبجی، دارالغرب الاسلامی، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۹۹۴ هـ.
- ۱۸۵- همو، الفروق، القواعد السنيه فی الاسرار الفقهیه، تحقیق: عبدالحمید الهنداوی، المكتبة العصریه، بیروت، ۱۴۲۴ هـ.
- ۱۸۶- همو، شرح تنفیح الفصول فی اختصار المحصول، تحقیق: محمد عبدالرحمن الشاغل، المكتبة الازهریه التراث، القاهرة، ۲۰۰۵ م.

- ۱۸۷- القرضاوی، یوسف، *الصحوة الاسلاميه بين الاختلاف المشروع و التفرق المذموم*، دارالشروق، القاهرة، الطبعة الاولى، ۱۴۲۱ هـ.
- ۱۸۸- همو، *الحلال و الحرام*، مكتبه وهبه، القاهرة، الطبعة العاشره، ۱۳۹۶ هـ.
- ۱۸۹- همو، *فتاوى معاصره*، دارالوفاء، القاهرة، الطبعة الاولى، ۱۴۱۳ هـ.
- ۱۹۰- القرنى، عوض بن محمد، *فقه الخلاف*، دارالاندلس الخضراء، جده، الطبعة الثانيه، ۱۴۲۱ هـ.
- ۱۹۱- القطان، مناع، *تاريخ التشريع الاسلامى*، مكتبه وهبه، القاهرة، الطبعة الخامسه، ۲۰۰۰ م.
- ۱۹۲- قلعه جى، محمد رواس، *قنبى حامد صادق، معجم لقه الفقهاء*، دارالنفا، بيروت، الطبعة الاولى، ۱۴۰۸ هـ.
- ۱۹۳- قلعه جى، محمد رواس، *الموسوعة الفقهيه الميسره*، دارالنفا، بيروت، الطبعة الاولى، ۱۴۲۱ هـ.
- ۱۹۴- القنوجى، صديق بن حسن، *ابجد العلوم*، تحقيق: عبدالجبار ركاز، دارالكتب العلميه، بيروت، ۱۹۷۸ هـ.
- ۱۹۵- القيروانى، عبدالله بن عبدالرحمن ابى زيد، *النوادر و الزيادات على ما فى المدونه من غيرها من الامهات*، تحقيق: محمد الامين ابوخبزه، دارالغرب الاسلامى، بيروت، الطبعة الاولى، ۱۹۹۹ م.
- ۱۹۶- الكاسانى، ابوبكر بن مسعود، *بدائع الصنائع*، المكتبه الحبيبيه، پاكستان، الطبعة الاولى، ۱۴۰۹ هـ.
- ۱۹۷- الكاندهلوى، محمد يوسف، *حياه الصحابه*، دارالكتب العلميه، بيروت، ۱۴۰۸ هـ.
- ۱۹۸- لويس، معلوف، *المنجد فى اللغة*، نشر پرتو، چاپ سوم، ۱۳۷۱ .
- ۱۹۹- الماوردى، على بن محمد بن حبيب، *الاحكام السلطانيه و الولايات الدينيه*، تحقيق: عصام فارس الحرستانى، محمد ابراهيم الزعلی، المكتب الاسلامى، بيروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۶ هـ.

- ۲۰۰- المبارکفوری، ابوالعلاء محمد عبدالرحمن بن عبدالرحیم، تحفه الاحوذی فی شرح الترمذی، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۰ هـ.
- ۲۰۱- المجددی، محمد عیمم الاحسان، القواعد الفقهیه، الصدف بیلشرز، کراچی، الطبعة الاولى، ۱۴۰۷ هـ.
- ۲۰۲- همو، التعریفات الفقهیه، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۲۴ هـ.
- ۲۰۳- المجلس الاعلی للشئون الاسلامیه، موسوعه الفقه الاسلامی المعروفه بموسوعه جمال عبدالناصر الفقهیه، القاهره، الطبعة الاولى، ۱۴۲۱ هـ.
- ۲۰۴- محفوظ، علی، الإبداع فی مضار الإبتداع، تحقیق: سعید بن نصر بن محمد، مکتبه الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ۱۴۲۱ هـ.
- ۲۰۵- محمود عبدالطیف، الاختلافات الفقهیه لدى الاتجاهات الاسلامیه المعاصره، دار الوفاء، القاهره، الطبعة الاولى، ۱۴۲۱ هـ.
- ۲۰۶- المرغینانی، برهان الدین علی بن ابی بکر الفرغانی، الهدایه شرح بدایه المبتدی، مطبعه مصطفى البابي حلبی واولاده، القاهره، ۱۳۵۶ هـ.
- ۲۰۷- المزنی، اسماعیل بن یحیی، مختصر المزنی، دارالمعرفه، بیروت، بی تا.
- ۲۰۸- مسعود جبران، فرهنگ القباوی الرائد، ترجمه: رضا انزابی نژاد، انتشارات آستان قدس رضوی، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
- ۲۰۹- المظفر، محمدرضا، المنطق، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، چاپ سوم، ۱۳۸۸ هـ.
- ۲۱۰- المناوی، محمد عبدالرووف، فیض القدير الجامع الصغیر، تحقیق: احمد عبدالسلام، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۵ هـ.
- ۲۱۱- الملیباری، عبدالعزيز الفنانی، فتح المعین، دارالفکر، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ هـ.

۲۱۲- النبهانی، یوسف، الفتح الكبير فی ضم الزیاده الى الجامع الصغير، دارالکتب العربی، بیروت، بی تا.

۲۱۳- الندوی، علی احمد، القواعد الفقهیه، دارالقلم، بیروت، الطبعة السادسة، ۱۴۲۵ هـ.

۲۱۴- نزأل، عمران سمیع، شرعیه الاختلاف بین المسلمین، دارالقراء، دمشق، الطبعة الاولى، ۱۴۲۵ هـ.

هـ.

۲۱۵- النسائی، عبدالرحمن بن شعیب، السنن الکبری، تحقیق: عبدالغفار سلیمان البنداری، سیدحسن کسروی، دارالکتب العلمیه، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۱۱ هـ.

۲۱۶- النیسابوری، محمد بن عبدالله الحاکم النیسابوری، المستدرک علی الصحیحین، تحقیق: یوسف المرعشلی، دارالعرفه، بیروت، ۱۴۰۶ هـ.

۲۱۷- النیسابوری، مسلم بن الحجاج، صحیح مسلم، دارالفکر، بیروت، بی تا.

۲۱۸- النووی، محی الدین یحیی بن شرف، شرح صحیح مسلم، دارالکتب العربی، بیروت، الطبعة الثانية، ۱۴۰۷ هـ.

۲۱۹- همو، المجموع شرح المذهب، تحقیق: محمد نجیب المطیعی، مکتبه الارشاد، جده، بی تا.

۲۲۰- همو، روضه الطالبین، تحقیق: عادل احمد عبدالوجود، علی محمد معوض، دارالکتب العلمیه

بیروت، بی تا.

۲۲۱- همو، ریاض الصالحین، دارالوفاء، القاهرة، الطبعة الثانية، ۱۴۱۲ هـ.

۲۲۲- وجدی، محمد فرید، دایره المعارف القرن العشرين، دارالمعرفه، بیروت، الطبعة الثالثة، بی

تا.

۲۲۳- الونشیرسی، احمد بن یحیی، المعیار المغرب و الجامع المغرب عن فتاوی علماء افریقیه و

الاندلس و المغرب، تحقیق: محمد حجی، دارالغرب الاسلامی، بیروت، بی تا.

- ۲۲۴- همو، ایضاح المسالك الى قواعد الامام ابی عبدالله مالک، تحقیق: الصادق بن عبد الرحمن الفریانی، دار ابن حزم، بیروت، الطبعة الاولى، ۱۴۲۷ هـ.
- ۲۲۵- الهندی، علاء الدین المتقی بن حسام الدین، کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال، تحقیق: بکری حیانی، صفوه السقا، ۱۴۰۹ هـ.
- ۲۲۶- الهیثمی، نورالدین علی بن ابی بکر، بغیة الباحث عن زوائد مسند الحارث، تحقیق: مسعد عبدالحمید السعدانی، دارالطلائع، بی تا.
- ۲۲۷- همو، مجمع الزوائد و منبع الفوائد، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۰۸ هـ.

خلاف عبارت از منازعه و مناقشه میان افراد متعارض و مخالف یکدیگر به منظور احقاق حق یا ابطال باطل است. اما خلاف فقهی عبارت از افتراق و اختلاف قولی یا عملی ناشی از دلیل است که آن در حقیقت نتیجه جستجوی قصد شارع توسط مجتهد است. مراعات خلاف هم عبارت از اعتبار دادن و ملاحظه کردن رای مخالف است اما این که در مقام اجتهاد توجه به آرای دیگر مجتهدان و نظر در دلیل آنان و صدور فتوا بر وفق فتوای دیگران یا نزدیک به نظر آنان لازم است یا خیر خود محل اختلاف است. موضوع مراعات خلاف تمام اعمال و تصرفاتی است که حکمش از حیث محقق ساختن مقصود شارع محل اختلاف است و یا اینکه میان اولی و خلاف اولی مردّد است. منشأ این مراعات در حقیقت، احتمال واقع شدن در نقیض مقصود شارع با انجام دادن آنچه که مطلقاً خلاف اولی است می باشد این تحقیق می کوشد با بررسی دیدگاه مذاهب درباره مراعات خلاف و نقش آن در تقویت مبانی اجتهاد راهکاری علمی و شرعی در جهت محقق ساختن وحدت عملی و احترام نهادن به رای مخالف و استفاده از ظرفیتهای نهفته در اجتهادات و آرای نظری مخالفان بمنظور تحقیق مصلحتی شرعی یا دفع مفسدت، در اختیار پژوهشگران و فقیهان و مجتهدان قرار دهد تا آنان توانایی تحمّل و مراعات آرا، و نظریات مخالفان را به طور آگاهانه داشته باشند.



انتشارات دانشگاه کردستان

مرکز پژوهش

سندج - پاساژ عزّلی - بخش کتاب امام غزالی

تلفکس: ۰۸۷۱ ۲۲۵۶۱۰۰